

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الأمير عبد القادر

قسم الشريعة والقانون

قسنطينة

كلية الشريعة والاقتصاد

- دراسات عليا -

رقم التسجيل.....

تخصص أحوال شخصية

الرقم التسلسلي.....

الاجتهاد التنزيلي في محائل الأحوال الشخصية

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

بحث مقدم لنيل درجة دكتوراه علوم في الشريعة والقانون
تخصص الأحوال الشخصية

إشراف الأستاذة الدكتورة:

سعاد سطحي

إعداد الباحث:

عبد الفتاح حمادي

لجنة المناقشة:

| الصفة | الجامعة الأصلية | الرتبة | أعضاء اللجنة |
|--------------|-------------------------|----------------------|---------------------|
| رئيسا | جامعة الأمير عبد القادر | أستاذ التعليم العالي | أ.د/ نوار بن شلي |
| مشرفا ومقررا | جامعة الأمير عبد القادر | أستاذ التعليم العالي | أ.د/ سعاد سطحي |
| عضوا مناقشا | جامعة الحاج لخضر-باتنة | أستاذ التعليم العالي | أ.د/ صليحة بن عاشور |
| عضوا مناقشا | جامعة الحاج لخضر-باتنة | أستاذ محاضر | أ.د/ سرحان خميسي |
| عضوا مناقشا | جامعة الأمير عبد القادر | أستاذ محاضر | أ.د/ مصطفى رشوم |
| عضوا مناقشا | جامعة الحاج لخضر-باتنة | أستاذ محاضر | أ.د/ منوبة برهاني |

السنة الجامعية: 1438-1439هـ/2016-2017م

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الأمير عبد القادر

قسم الشريعة والقانون

قسنطينة

كلية الشريعة والاقتصاد

- دراسات عليا -

رقم التسجيل.....

تخصص أحوال شخصية

الرقم التسلسلي.....

الدراسات التنزيلية في محاميل الأحوال الشخصية

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

بحث مقدم لنيل درجة دكتوراه علوم في الشريعة والقانون
تخصص الأحوال الشخصية

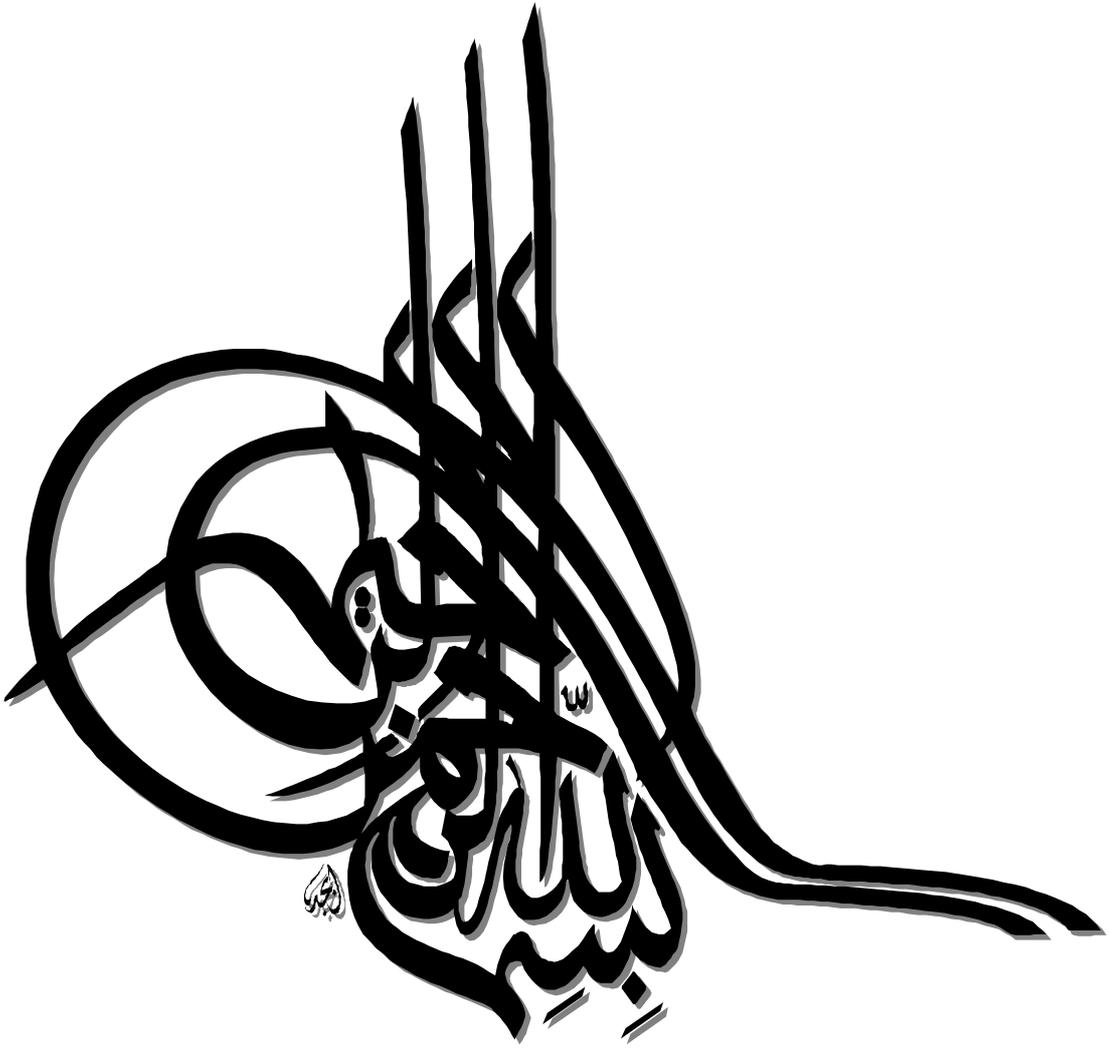
إشراف الأستاذة الدكتورة:

سعاد سطحي

إعداد الباحث:

عبد الفتاح حمادي

السنة الجامعية: 1438-1439هـ/2016-2017م



إهداء

إلى أمي الرؤوم، وأبي الكريم..

إلى نزوجتي التي منحتني زهرة وقتها، ومُكّنتها طاقتها.. لأمياء اليمن

إلى قرّة العين؛ سجايا الودّ، وجادّ الفذّ..

أهدي هذا العمل المتواضع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

عرفانا بالفضل وإجلالا لحميل الصنع يطيب لي أن أسجل عظيم امتناني وبالغ شكري

لأستاذتي الفاضلة الدكتورة سعاد سطحي على ما تكرمت به عليّ من توجيهه ونصح، وعلى ما

أولتني به من عون وافر، وتشجيع نراخر في إنجاز هذه الأطروحة، فجزاها الله عني خير الجزاء .

وشكري موصول أيضا إلى أساتذتي الكرام - أعضاء لجنة المناقشة - على تحملهم جهد قراءة

هذا البحث ومناقشته .

كما ولا بد من كلمة وفاء وثناء لمعالي الأستاذ الدكتور نصر سلمان على ما أفردني به من

اقتراحات قيمة أضاعت لي طريق البحث وذلّت لي مفاويزه .



مَقَدِّمَةٌ

الحمد لله الذي علم فألمهم، وتفضل فأنعهم، ودعا لتي هي أقوم. والصلاة والسلام على مسك الختام وخير الأنام؛ محمد عليه أفضل الصلاة والسلام.

أما بعد:

تفور الحياة الإنسانية بأعداد لا حصر لها من الوقائع المستجدة والحادثات المتكاثفة، التي تعقدت بها أحوال الناس، وتشعبت بها مناحي حياتهم، وتشابكت بها أطراف عيشهم، حتى أضحت الكثير منها مشكلات حسامٍ تستدعي من العلماء القائمين سرعة النظر، ودقة التمهيص، ونفوذ المعالجة، دفعا للعتن عن الناس، ومنعا للحرَج أن ينتزل بأكناف حياتهم ومناحي واقعهم. وقد أسهم التطور العلمي في رسم هذا الواقع المتشابك على نحو بارز؛ فقد أفرز التقدم التكنولوجي، مع بروز مكتشفاته العلمية الجديدة والكثيرة في شعاب الحياة المختلفة، استحداث مشكلات عويصة وقضايا شائكة، لها أوثق الصلة بدين الناس وديانهم مع تردها بين النفع والضّرر، واشتباه المصلحة فيها بالمفسدة، فتعين فيها واجب التشخيص الواعي، والتدقيق المتبصر على الفقهاء المعاصرين لهداية خوالف الأوضاع منها بأنوار الشرع، وإقامتها على هدي قوانينه، ليتحقق بذلك إصلاح الأحوال التكليفية، وإحقاق المصالح للناس، وتوطيد الخير لهم في العاجل والآجل.

وقد غطت هذه النوازل الحادثة جميع ميادين الحياة الأسرية تقريبا؛ فشملت تجديدا في القوالب الفنية التي تُصَبّ فيها عقود الزواج، وتغيرا في بعض موجبات الآثار المنفصية عنها، وآليات التنسيل فيها، وأنماط وطرق انحلال زيجاتها.. وغيرها. وإذا كان الاتفاق حاصلًا بخصوص سيورة نزر يسير من هاته النوازل على الصلاح والنفع المحض، فإنّ طرفا أكبر منه متمحض المفسدة والضّرر، كما أن الوساطة الغالبة منها متجاذبة بين هذين الطرفين ومترددة بين ذينك الحليين، مما تتيه فيه رؤى الأفهام، وتخطل فيه مدارك الأنام، فكان لزامًا على أولي الحذق والحصافة من فقهاء هذه الأمة ومجتهديها — أمام محدودية النصوص — أن يُعملوا الشقّ التطبيقي من آلة الاجتهاد، لبلورة رؤى شافية وأحكام وقرارات كافية لفض هذه النوازل، والبتّ فيها من خلال السبر الأصولي الدقيق، والتوصيف الفقهي المحكم، ومن ثمّ التطبيق الملائم الذي يفي للشرعية بجيويتها، ويثبت ديمومة هذه الشرعة وقدرتها على المسايرة والمواكبة والبقاء، ويحفظ للأسرة روحها ومقصدتها، ويصون بيضتها من حمى الانحرام والهدم والتّهزِيل والتفزيم الذي يمكن أن يستتبعه تركها تواجه معترك أمواج هذه الحوادث المتلاطمة، دون شرع هادٍ أو قانون مُنظم.

وعليه، فقد أضحي الاجتهاد التنزيلي ضرورة حيوية وملحة في العصر الراهن لمجابهة قوارع الأحداث ومستجدات الظروف. ولا أدلّ على هذه الأهمية من كثرة ما ينعقد من الملتقيات والتدوات الدولية

والداخلية التي تتألف هنا أو تلتئم هناك، لأجل وضع الموضع ليكفي ويشفي في هذه المستحد الأسري أو ذاك. بل ولقد أُسس لهذا الغرض المجمع ومجالس البحوث التي تُعنى بالإفتاء في التّوازل الحادثة، فالاجتهاد الفردي - باعتباره جهداً شخصياً - أضحى أضعف من أن ينهض بهذا الموروث المترام والتّقليل من القضايا والشؤون الواقعة في المجتمعات المسلمة، بل وحتى للأقليات المسلمة في ديار الغرب. لذلك كله، نرى أنه بات من الصّواب المتأكد أن يُخصّ هذا الموضوع بدراسة وافية؛ تسكب وضوحاً وبيئاً كافيين على مفرداته والأسس التّاهضة به، مع نظرةٍ فاحصةٍ لحال الاجتهاد والتنزيل على مستوى التّنظيم القانوني، والاجتهاد القضائي الجزائري في مسائل الأحوال الشخصية، والتّركيز في ذلك على النّماذج الأهم من المسائل التّازلة التي حازت الشّغل الأوفر للباحثين على المستويين الفقهي والقانوني، لأن القضايا الأسريّة الحادثة كثيرة كثيرة لا يفي بها ديوان ولا يسعها إيوان.

وبناء على ذلك كلّ جاء هذا البحث الموسوم بـ:

الاجتهاد التّنزيلي في مسائل الأحوال الشخصية - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري -

أولاً- الإشكالية:

الإشكالية المحورية لهذا البحث تدور حول نقطة جوهرية هي: إلى أي مدى راعى المشرع الجزائري أصول الاجتهاد التّنزيلي في مجابته لنوازل العصر وحوادث الدهر المستجدة في مجال الأحوال الشخصية؟

وتتولد عن هاته الإشكالية تساؤلات ثانوية تستوجب الحل هي:

- ما المراد بالاجتهاد التّنزيلي؟
- ما هي الضوابط والشّرائط المرعية في عملية الاجتهاد في التّوازل الحادثة، وما مدى ملائمتها لمقاصد الشّرع وفق مفهوم المتغير والثابت فيه؟
- ما هي أهم المسائل المستجدة في مسائل الأحوال الشخصية، وما رأي الشّرع فيها؟
- ما مدى استفادة قانون الأسرة الجزائري من نظرية الاجتهاد التّنزيلي؟
- ما مدى أهلية القضاء الجزائري للتصدي لمثل هاته القضايا الخطيرة، لاسيما وأنّها تتعلق بالأبضاع والأنساب؟
- ما علاقة الوقائع القانونية وملاساتها بعملية التّنزيل؟

ثانياً- أهمية الموضوع:

تتجلى مظاهر أهمية البحث في موضوع الاجتهاد التنزيلي في مناح عديدة يمكن إجمالها في:
- أن غاية التكليف الشرعي وثمرته تطبيق أحكام الشرع على جزئيات الوقائع الحادثة، ودقائق المفاعيل الإنسانية الحية في الواقع، ولا يتأنى تجسيد هاته الثمرة والغاية -على وجهها- إلا بالاجتهاد التنزيلي؛ فهو آلة هذا الإجراء وأداته الجوهرية، لذلك كان مستقى أهميته ومؤداها من أهمية الغاية المقصودة بالتكليف ككل.

- إسهام الاجتهاد التنزيلي في ترشيد عملية تطبيق الشريعة، وتصويب الفعل التمثلي لقواعدها على واقعات الزمن المائجة والمتشعبة.

- في دراسة موضوع الاجتهاد التنزيلي فائدة عملية تعين في ضبط وصقل المعايير المعينة على صبب الأحكام الشرعية في قوالب صالحة للحياة، وحكم أكناف الواقع الأسري المتقلب والمعاند للقوينة.

ثالثاً- أسباب ودوافع البحث:

إن أسباب اختيارنا لموضوع الاجتهاد التنزيلي تكمن في:

- جدّة الموضوع وقلة الدراسات التأصيلية الجامعة فيه، مع الرغبة الجامحة للبحث في هذا المجال التطبيقي البكر، سيما في مسائل الأحوال الشخصية، التي يأتي على رأسها ما استجد من مشاكل حياتية تعرض للأسرة المسلمة في دينها وديناها تستدعي حلولاً فقهية جريئة وسريعة.

- تقويم الفعل التنزيلي، ونظمه على مُستحکم ضوابطه كفيل بالتدليل والتّحجيج على سمة الديمومة والخلود للشريعة الإسلامية، وقابليتها للإجراء التشريعي في كل زمان ومكان، مع دحض ريب الحُجج وأوضاع الشّبهات المشكّكة في ذلك من طرف أعداء الإسلام.

- محاولة إجراء دراسة مقارنة بين ما توصل إليه فقهاء الشرع ومجتهدوه بشأن النّوازل الحادثة في مجال الأسرة، وما قرره قانون الأسرة الجزائري في ذات المجال، والوزان بينهما في ذلك من جهة المعايير المُعمّلة لتحقيق الموازنة والمناسبة التطبيقية.

- التّعديل الجديد للمنظومة القانونية الجزائرية، خصوصاً منها ما تعلق بقانون الأسرة بالأمر رقم 02 / 05، والقسط الملحوظ الذي نالته بعض النّوازل الحديثة من هذا التقنين.

رابعاً- أهداف البحث:

يتغيّ بحث موضوع الاجتهاد التنزيلي تجسيد جملة من الأهداف والمقاصد نقتصر على ذكر أهمها:



-تحديد مضامين الاجتهاد التّنزيلي من خلال تفصي مفهومه، والتّحلية عن أدلة حجّيته ودلائل مشروعيته مع رصد التطور التاريخي له.

-بيان الضوابط والأسس التي ينتظم عليها هذا الاجتهاد الإجرائي في مسائل التّوازل.

-مدى استجابة التقنين الجزائري الحالي لمتطلبات المجتمع، وحاجاته المستجدة، ومشكلاته الطارئة في جانب الأحوال الشّخصية.

-تأصيل المنهج الذي يتبعه المشرع الجزائري في تحيّر الأحكام القضائية المناسبة للمجريات الحادثة من جملة قرارات المجتهدين وفتاويهم، مع بيان مدى توافقه مع روح الشّرع الإسلامي والواقع الجزائري لابتداء مقارنة نظيرية متكاملة في قضية تطبيق الأحكام القانونية من حيث الصياغة الإعدادية والإجراء التّمثلي.

- الإبانة عن أحكام بعض أهم التّوازل الحادثة على المستوى الأسريّ على كثرتها وتشعب روافدها، من وجهة نظر فقهية وقانونية وقضائية، تصورا وتكيفا وتطبيقا.

رابعا- الدراسات السابقة:

يُعد الاجتهاد التّنزيلي مفهوما حديثا من حيث الاصطلاح، وإن كان حاضرا في دراسات القدماء تحت بند الفتوى وخطط القضاء، والقضايا المتناولة بفقّه التّوازل، ولا غرو في ذلك فهو يمثل الجانب التّطبيقي للشريعة، غير أن تلك التّصانيف خلت من التّطرق للجانب التّأصيلي للموضوع، وقد حاول بعض الباحثين المعاصرين سدّ هاته الثّلمة، وعليه فكل ما كتب في موضوع الاجتهاد التّنزيلي - حسب علم الباحث - لم يتعدّ أن يكون: دراسة تحوي جملة من جوانبه التّطبيقية في مجالات شتى، أو مقالا في مجلة يعالج بعضا من أسسه وضوابطه التي تنتظم عليها عملية الاستنباط، دون أن يُعنى بصياغتها في شكل نظرية علمية متكاملة من حيث التّنظير والتّطبيق، وقد يُدرس الاجتهاد كجزء مبعوث في ثنايا كتاب يُستقصى فيه نزر من هذا التّنظير وشيء من ذلك التّطبيق.

كما لم يحظ هذا الموضوع بدراسة جامعة ومستقلة للقضايا المتعلقة بالأحوال الشّخصية، فضلا عن مقارنتها للتشريع الجزائري أو اجتهاداته القضائية. وعليه فسُتعى هاته الدراسة بتأصيل الجانب النظري في شقيه الفقهي والقانوني، وما تستفرد به المسائل الأسريّة من خصوصية في ذلك. كما تسعى أيضا إلى تحقيق القول في الجهة التّطبيقية للاجتهاد التّنزيلي في مسائل الأحوال الشّخصية في التقنين الجزائري واجتهاداته القضائية. وبعد تقليبي التّظر في الدراسات والأبحاث المتصلة بالموضوع، خلصت إلى أنّها لم تُخرج عن أقسام ثلاثة هي:

1- الدراسات الملمّة بجانبى التّنظير والتّطبيق:

- في الاجتهاد التّنزيلي¹: لبشير بن مولود جحيش، وهو دراسة علمية تخصصية في الأصل، حاول فيها صاحبها أن يُفصّل في بحث الاجتهاد التّنزيلي من الجهة النظريّة، متّبعا في ذلك التّهج التّالي: إذ افتتح دراسته بالتّعرض لتحقيق مناط الحكم بين خصوص القياس وعموم التّنزيل، ثم بيّن مراتبه وأدلة الاعتبار له في الفصل الأول، أما الفصل الثاني فخصّصه للتحقيق في حصول المقاصد الشّرعية تعريفا وترتيبا، بينما عالج في الفصل الثالث التّحقيق في مآلات التّطبيق، أين تطرق بعد التّعريف الاصطلاحي لأقسام الأفعال بحسب قوتها. بيد أن هذه الدراسة تبقى قاصرة من حيث الإطار التّظري الموضوعي لفقّه التّوازل، ومفتقرة لتبيان جوانب مهمّة في هذا اللون من الاجتهاد: كطرق التّعرف على الأحكام ومدارك النظر التصوري للوقائع وفن التوصيف والتكليف الفقهيّين، وآلية الإسقاط وغيرها، كما أنّها لم تتعرض لواقع هذا الاجتهاد في الجانب القانوني وموقعه من الاجتهاد القضائي، فضلا عن اقتصار جانب التّطبيق فيها على جانبي الملكية ومبدأ الشورى، ولم يرد لأيّ من مسائل الأسرة وقضاياها ذكر في هذا الجانب، وهذا ما تسعى دراستنا إلى استجلائه بدقة وتعمق، عبر سير شامل لمخاور المسائل الجديدة للأسرة المسلمة، وإسقاطاتها في الواقع القانوني الجزائري .

- منهج استخراج أحكام النّوازل الفقهيّة المعاصرة²: وأصل البحث رسالة دكتوراه، وهي دراسة تجمع بين التّنظير والتّطبيق، فبعد التّمهيد لفقّه التّوازل تعريفاً ونشأة، عقد الباحث فصلا للضوابط المشروطة في الناظر في الاجتهاد، وفصلاً آخر لضوابط النظر فيه، أما الفصل الرابع فهو لطرق التّعرف على أحكامه، واختتم البحث بأهم التّطبيقات الفقهيّة لاستخراج أحكام النّوازل الفقهيّة. وعلى العموم فإنّ البحث -على جودته- يخلو من دراسة لجوانب كثيرة من القضايا الفقهيّة التي استجدت في الساحة الأسريّة المسلمة، إذ كان نصيبها مطلباً واحداً، ضمّ ثلاث مسائل هي: الرضاع وأطفال الأنابيب والتّعويض المعنوي، كما لم يتطرق البحث بتاتاً للإسقاط القانوني ولا القضائي للاجتهاد التّنزيلي، وعليه فسنحاول استكمال هذه الجوانب المختلفة في بحثنا بعون الله ومشيبته .

1 - جحيش بشير بن مولود، الاجتهاد التّنزيلي، كتاب الأمة، قطر، ع 93، 1424هـ.

2 - القحطاني مسفر بن علي بن محمد، منهج استخراج أحكام النّوازل الفقهيّة المعاصرة، دار الأندلس الخضراء، السعودية، 2003م. (أصل هذا الكتاب رسالة دكتوراه بإشراف من أ. حمزة بن حسين الفعر، وقد نوقشت بكلية الشريعة بجامعة أم القرى بتاريخ 1422هـ)

2- الدراسات النظرية:

- في فقه التدين، فهما وتنزيلاً¹: للأستاذ عبد المجيد النجار²، والذي يعتبر -بحق- مجدد هذا النظر في العصر الراهن، وصاحب السبق في طرّقه، والدعوة فيه إلى ابتناء النطاق المعرفي المؤصل لكلياته، والمعين في ترشيد جزئياته، ليخلص بذلك حلاً نضيجاً، ومنهجاً سديداً فارح القوام في بسط سلطانه على الواقع العيان. وقد أسس نظرتة -تلك- على مراحل ثلاثة هي: مرحلة الفهم التي يتحقق بها استيعاب تعاليم الدين وأحكامه من مداركها الشرعية، ومرحلة الصياغة التي يتم فيها إعداد هذا الهدي، وتقديره بقدر الواقع المراد إصلاحه، وتهيئة قابليته للتنزيل عليه، بينما تمثل مرحلة الإنجاز الاسقاط الفعلي لهذا الهدي والانطباق العملي لتلك الأحكام على مفاعيل الحياة الإنسانية، وترشيد حيثيات واقعها على نحو الأكمل والأتم. وقد أصبغ هذه الدراسة المنفردة بسمة فكرية، تيمّم فيها الغاية شطر التنفيذ الجمعي والتجسيد الكلي لخطة التشريع الديني على نحو الأعم، مما جعلها أطروحة نظرية تأصيلية تنغيّ النهوض بالدعوة الإسلامية لإرساء وتكريس قيومية العقيدة الدينية وتعاليمها على سلوك المسلمين وواقعهم. وعليه فقد مثّل لنا هذا الجهد المبارك المرجعية الفكرية، والمعين النظري المعين على التّنزّل بما من علياء هذه الفكرية العقدية إلى وهدة الفقه العمليّاتي، وإسقاط كليّاتها على جزئيات بسيطته، بما يتناسب وهذا الانتقال والتّنزّل من حيث خصوصية الموضوع والغاية، مع شفع ذلك بتأصيل التّمثّل القانوني في مجاله الأسريّ، والنّمدجة له بالتّطبيقات الواقعية المستجدة في الحياة الزوجية، وما يتبعها من كُلف وآثار وحقوق.

- ضوابط الاجتهاد التنزيلي في ضوء الكليات المقاصدية³: لعبد الرزاق وورقية، وهو دراسة مقاصدية لموضوع الاجتهاد التنزيلي، ابتدورها المؤلف -في شطره الأول- بالتّعريف لماهيته، وبيان دواعي قيامه، ومظانّ استمداده. بينما خصص الشّطر الثاني منها لتقصي الكليات المقاصدية من حيث التّأصيل والتّنزّل، ليختتم عجز المصنف بإبراز بعض الضوابط الحاكمة لهذا اللون من الاجتهاد في ضوء ما استقصى من الكليات المقاصدية، وهذا ما جعل الدراسة -من هذه النّاحية- مفتقرة إلى الشمولية

1 - النجار، عبد المجيد: في فقه التدين تأصيلاً وتنزيلاً، سلسلة الأمة، قطر، ع 23، جمادى الأولى 1410 هـ.

2 - لعبد المجيد النجار مؤلفات وأبحاث أخرى نسج فيها على المنوال ذاته المسوق في كتابه فقه التدين موضوعاً ومنهجاً؛ من حيث الدعوة إلى إنجاز فقه عميق وشامل للفعل التنزيلي على الواقع الراهن للمسلمين، والحضّ على بحث المقتضيات المنهجية المعينة على تطبيق شرعة الله الخالدة ونذكر منها:

- خلافة الإنسان بين الوحي والعقل، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، أمريكا، ط2، 1981م.

- المقتضيات المنهجية لتطبيق الشريعة في الواقع الإسلامي الراهن، مجلة المسلم المعاصر، مصر، ج 27، ع 105، 2002م.

3 - وورقية، عبد الرزاق: ضوابط الاجتهاد التنزيلي في ضوء الكليات المقاصدية، دار لبنان للطباعة والنشر، لبنان، ط1، 2003م.

المضامينية، وهو ما سنحاول سدّ خلّته في هذه الدراسة؛ من خلال استيفاء البحث في باقي معايير الفعل التّطبيقي المعاند -بطبع بعض أجزاءه- عن الضّبط المحكم، والمتأبّي عن الوزن الناظم، والمستعصي عن القوننة الجامعة.

- **فقه التّنزيل¹**: لوسيلة خلفي، وهو -في أصله- أطروحة جامعية، حاولت من خلاله التّأسيس لفهم مستقل للمنهج الذي يجب ان يستهدي به الاجتهاد التّنزيلي من خلال بحث مفهوم "فقه التّنزيل"، والتّفريق بينه وبين فقه الفهم الاستنباطي، مع استظهار الضوابط الحاكمة في العمل التّنزيلي؛ فهما وتكيفا وإسقاطا، وقد كان انكباب الباحثة على الموضوع مقصورا في جلّه على الجانب التّنظيري الشرعي، مع التّمثيل لبعض جوانبه بنماذج فرعية فقهية، ومنه فهو يشكل لعملا أرضية مفيدة في تأصيل الاجتهاد التّنزيلي باعتباره الجانب الفعلي والتّجسيدي لفقه التّنزيل، لمضارعتة بالفعل التّنزيلي على مستوى التّشريع الأسريّ، وتطبيقاته القضائية في المحاكم.

- **البعد التّنزيلي في التّنظير الأصولي عند الإمام الشّاطبي²**: بلخير عثمان، وهو دراسة احتفى فيها صاحبها بالإبانة عن الدور التّأصيلي الذي انتهض به الامام الشّاطبي في تنظير قواعد المسلك التّمثلي للشرعية وتسدّد منهج الصياغة فيها، من خلال تتبع مسالكها عند هذا التّظار المحدد، والتي ضمنها في كتابه الموافقات. وهذا البحث -على أهميته- متمحض التّعديد، خالص التّأصيل لأطروحات الشّاطبي في مجال التّنزيل، ونحن نتقصّد من هذه الدراسة استكمال هذا الجهد، واستتمام شقّه القانوني مع التّركيز على التّوازل الأسريّة الحادثة، وما صدر بشأنها من إسقاطات فقهية وقضائية.

- **التّوازل الأصولية³**: وهو بحث محكم في فقه التّوازل المتعلقة بأصول الفقه، استهله الباحث بماهية التّوازل الأصولية مع رصد سياقها التاريخي، كما عقد مبحثا ثانيا خصّه للتّوازل الأصولية المعاصرة، وأهم مسأله كانت: إمكانية الاطلاع على الإجماع ونقله، وحال الاجتهاد والإفتاء في الوقت الراهن وضوابطهما، مؤسسات الاجتهاد الجماعي والتّحديات التي تجابهها، فضلا عن قضية التّقليد في الحاضر تأصيلا وحكما، غير أن الذي يعوز البحث هو إغفال ذكر أهم الضوابط المؤسسة للاجتهاد في التّوازل كتحقيق المناط والمقاصد الشرعية و..، كما لم يتطرق لمدارك هذا الاجتهاد في شكلها العلمي المتكامل، وعليه فسنسعى إلى تبيان هذه المسائل في صيغتها النّظرية الجامعة المانعة.

1 - خلفي، وسيلة: فقه التّنزيل، دار الوعي، الجزائر، ط 1، 2009م. (أصل هذا الكتاب رسالة ماجستير بإشراف من أ. محمد عيسى، وقد نوقشت بكلية العلوم الاسلامية بجامعة الجزائر بتاريخ 2002م)

2 - بلخير، عثمان: البعد التّنزيلي في التّنظير الأصولي عند الإمام الشّاطبي، دار ابن حزم، لبنان، ط 1، 2009. (أصل هذا الكتاب رسالة ماجستير بإشراف من أ. زقور أحسن، وقد نوقشت بكلية الشريعة بجامعة وهران بتاريخ 2005م).

3 - الضويحي، أحمد: التّوازل الأصولية، مجلة البحوث الفقهية، السعودية، ع 72، نوفمبر 2006م.



- الاجتهاد في التوازل¹: هو بحث منشور بمجلة العدل السعودية، وقد عُني فيه بطرق معنى التوازل وضوابط الاجتهاد فيها، مع بيان لأقسامها ومظاهرها، فهي دراسة نظرية محضة ومقتضبة، غاب عنها التفصيل في الضوابط والشروط المتعلقة بموضوع الاجتهاد في التوازل، كونها اقتصرت على ذكر ما تعلق منها بالijtihad فقط، وهذا ما سنحاول الإسهام فيه من خلال هذا العمل البحثي. ولما خلت بحوث هذا القسم من الجانب التطبيقي لنظرية الاجتهاد التزيلي، كان لزاماً على دراستنا است فراغ الوسع - في جزء هام منها- لتغطية هذا الجانب العملي المهم، الذي يُبرز كفاية شرعة الإسلام وقدرتها على إيجاد الحلول لقضايا الناس وشؤونهم في كل آن وحين.

3- الدراسات التطبيقية :

أما المصادر والمراجع التي عُنيت بالتحقيق في الجانب التطبيقي المحض من الاجتهاد التزيلي فهي قسمان:

أ- قسم عاجل شتى التوازل التي استحدثت في المجالات الحياتية المتعددة من مثل :

- فقه التوازل²: لبكر أبي زيد، والكتاب يحوي دراسة تطبيقية بحتة لمجموعة من التوازل المعاصرة في جزأين اثنين، غير أن الذي يعيننا منها هو مسألة طرق الإنجاب الواقعة في المجلد الأول فقط، التي عاجلها من وجهة نظر الفقه لا غير. وعليه فسوف يعمد الباحث إلى التوسع في فقه التوازل الأسرية الحادثة، ليكون البحث متكاملًا وشاملاً لهذه الجوانب المسكوت عنها في شقيها الفقهي والقانوني.

- دراسة شرعية لبعض التوازل الفقهية المعاصرة³: عاجل فيها المؤلف مجموعة من الأبحاث بخصوص القضايا المستجدة في مجال العبادات والاقتصاد والقضاء والطب، وعلى كلٍ فالذي يهمننا من هذا المؤلف قضيتان اثنتان هما: التلقيح الاصطناعي وحبوب منع الحمل والحيض، ويبقى على الباحث جهد استكمال باقي المسائل من خلال تسليط الضوء على اختياراتها الفقهية وتفصيل لأحكامها في التشريع الأسري الجزائري.

ب- قسم تخصص في طرق نازلة واحدة وبحثها بالتفصيل والتدقيق الفقهي، وأهم عناوينه:

1 - الجيزاني، محمد بن حسين بن حسن، الاجتهاد في التوازل، بحث منشور بمجلة العدل، وزارة العدل، السعودية، ع 19، رجب 1424.

2 - أبو زيد، بكر بن عبد الله، فقه التوازل، دار الرسالة، سوريا، ط 1، 1996.

3 - بن سعيد، احمد بن ناصر، دراسة شرعية لبعض التوازل الفقهية المعاصرة، مكتبة سالم، مكة المكرمة، السعودية، ط 1، 2001.

- أخلاقيات التلقيح الاصطناعي¹.
- الضوابط الشرعية للفحص الوراثي قبل الزواج².
- الفحص الجيني من منظور إسلامي³.
- نقل وزراعة الأعضاء التناسلية⁴.
- المقاصد الشرعية للأنكحة العصرية تطبيقات على الفتاوى المعاصرة⁵.
- نازلة إجهاض المرأة المعتصبة بين المجيزين والمانعين⁶.
- إسلام الزوجة وبقاء زوجها على دينه⁷.
- حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة⁸.
- التعسف في استعمال حق الطلاق⁹.
- زواج المسيار، رؤية إسلامية¹⁰.
- ولأن هذا القسم قد امتاز بعدم بحث طرق استنباط الأحكام في المسائل التنزيلية، ولا الأسس المؤصلة لهذا الاستنباط، لا في الفقه ولا في القانون، فإن هذه الدراسة ستضطلع بإبراز هذه الجوانب المتعددة بصفة شاملة متكاملة في نظرية الاجتهاد التنزيلي، يلتزم فيها التطبيق مع التنظير، ويُشفع فيها حكم الفقه برأي القانون والاجتهاد القضائي الجزائري.

1 - البار، محمد علي، أخلاقيات التلقيح الاصطناعي، الدار السعودية، السعودية، ط 1، 1407 هـ.

2 - أبو البصل، عبد الناصر موسى: الضوابط الشرعية للفحص الوراثي قبل الزواج، ثبت المؤتمر العربي الثاني للتطبيقات الأخلاقية لتطبيقات علوم الوراثة البشرية، المركز العربي للدراسات الجينية، الإمارات، نوفمبر 2007م.

3 - إدريس، عبد الفتاح محمود: الفحص الجيني في نظر الإسلام، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السعودية ع 59، 2003م.

4 - الأشقر، محمد: نقل وزراعة الأعضاء التناسلية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، السعودية، الدورة السادسة، ع 6، 1990م.

5 - البنا، محمد عبد اللطيف: المقاصد الشرعية للأنكحة العصرية تطبيقات على الفتاوى المعاصرة، مؤتمر التفكير العلمي وقيم التقدم في الأسرة، مصر، 2009م.

6 - بونجوم، مليكة: نازلة إجهاض المرأة المعتصبة بين المجيزين والمانعين، مجلة دراسات تراثية، المغرب، ع 2، 2014م.

7 - الجديع، عبد الله: إسلام الزوجة وبقاء زوجها على دينه، المجلة العلمية للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، أيرلندا، ع 2، يناير 2003م.

8 - الدبو، إبراهيم: حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، السعودية، ع 6، 1990م.

9 - سنوسي، علي: التعسف في استعمال حق الطلاق، مجلة الفقه والقانون، المغرب، ع 21، يوليو 2014م.

10 - عارف، علي عارف: زواج المسيار، رؤية إسلامية، مجلة التحديد، ماليزيا، ع 13، 2003م.



خامسا- المنهج:

اتبعنا في الإعداد لهاته الدراسة منهجا استقرائيا على مستوى التأصيل النظري لموضوع الاجتهاد التّنزيلي، وكذا الأحكام الاجتهادية والفتاوى الصادرة بشأن قضايا الأحوال الشخصية المستجدة - في الجانب التّطبيقي - رسدا وتحليلا وتفكيكا، لنصل إلى الرأي الراجح منها، ثم مقارنة ذلك كله - عبر المنهج المقارن - بما ارتضاه المشرع الجزائري كحل شاف كاف - بحسبه - لأمثال تلك القضايا الأُسريّة، ورصد مدى التّناسب الحاصل مع الخصوصية القيّميّة والاجتماعية التي يفترضها الواقع الأُسريّ الجزائري، لإفادة مدى شرعية هذا الاختيار من حيث التّحقيق العام، ومدى صوابه من جهة التّنويط الخاص في التّشخيص الزّماني والمكاني، ومراعات اقتضاءاته الأصليّة والاستثنائية عند تطبيق القواعد القانونية على جزئيات الوقائع المنظورة وفق ما هو مُكرّس بالاجتهاد القضائي.

وقد تتبعت - في ذلك - جملة من القواعد المنهجية، والتي يمكن إجمالها في التالي:

- إثبات الآيات الشّريفة بخطّ الرّسم العثماني برواية حفص عن عاصم، وعزو موضعها من المصحف، ورقمها من السورة القرآنية في الهامش.

- تخريج الأحاديث النبوية وإسنادها إلى مظانها من كتب الصحاح إن كان الحديث صحيحا، أو من دواوين السنن إن كان الحديث في غيرها.

- عزو الآثار الواردة إلى مصادرها الأصليّة، وإثبات موضعها منها على شاكلة الأحاديث النبوية.

- لم أترجم للأعلام، إكتفاءً بشهرة من ذكرتهم بالرسالة من الفقهاء المتقدمين، وبسبب كثرة من أوردت أسماءهم من العلماء المتأخرين أو المعاصرين، مع سعة الرسالة وطولها.

- اعتمدت التّخصص الموضوعي في الإحالة على المراجع المعتمدة بالبحث؛ فأسندت التّوثيق للمفاهيم والتّعريف إلى مراجع فقه اللغة، واعتمدت في المسائل التّأصيلية كتب الأصول، وراعت في الجزئيات الفقهية وأحكام النّوازل التّطبيقية كتب الفقه، وأخذت بكتب التّاريخ لدى تبعي للمسائل التّاريخية المرتبطة بتطور النّظر الشّرعي، وكتب النّوازل لدى بحث المسائل المطروقة من طرف نظار العمل التّوازلي، والمراجع العلمية الحديثة لدى دراسة المفاهيم العلمية والطبية للقضايا المستجدة حتى يتنى التّصور الحكمي على أصول متينة من الحقيقة، كما اعتمدت الكتب القانونية في المسائل ذات الطبيعة التّشريعية والقضائية، مشفوعة بنصوص التّشريعات المختلفة، ومضامين القرارات الصادرة بذا الشّأن، فضلا عن الاتفاقيات الدولية والمعاهدات المصادق عليها مما له صلة بالجمال الأُسريّ، كما استعنت بالمقالات الصحفية لإثبات الحثيات المؤثرة في تحقيق التّنويط، وابتناء فقه الواقع الأُسريّ الجزائري على على مئنته الحاصلة.

-دعم الرسالة بمسارد فنيّة للآي القرآني، والأحاديث النبوية، والأعلام، والمصادر والمراجع البحثية المعتمدة في الدراسة، مع إعداد فهرس موضوعي بمشتملات الرسالة ككل.

سادسا- خطة البحث:

وللإجابة على إشكالية الموضوع فقد ارتأينا اعتماد منهج ثنائي التّفاسيم؛ حيث نخصّص الفصل الأول من الدراسة لبحث الجانب المفاهيمي للاجتهاد التّنزيلي في مبحث أول، نرصد فيه تعريفه في أصل الوضع اللغوي والاصطلاحي، ونبحث ضمائم الاسمية، ونستقصي مدارج تطوره التّاريخي، ومظانّ مشروعته. بينما نعالج في المبحث الثاني الضوابط المنظمة له في الفقه الإسلامي؛ تصورا وتوصيفا وتطبيقا، ثم العروج على مكانة فقه الواقع منه ووصف مسالك تحقيق المقاصد فيه، ومكاشفة الخطط الإجرائية المعينة على تسديد وترشيد المآل التّنزيلي للأحكام في مسائل الأحوال الشّخصية. لتتطرق في المبحث الثالث إلى الضوابط المنظمة للعمل التّنزيلي على مستوى التّقنين الأسريّ الجزائري، من جهة الصياغة الإعدادية على مستوى الصناعة التّشريعية، والتّنفيد والتّطبيق على مستوى المنظومة العدلية، من خلال إعمال آلة الاجتهاد القضائي.

وحتى تُرْفَل الدراسة بالتّصديق الموضوعي، فقد شفّعناها بشق تطبيقي، ضمّناه في الفصل الثاني، والذي عالجنا فيه مختارات من الصور الجزئية لنوازل مستجدة، مما له أوثق الصّلة بالحياة الرّوجية والأسريّة، لبحث الإسقاطات الحكمية الواجبة في حقها فتياً وتشريعاً وقضاءً؛ فسلطنا الضوء في المبحث الأول على بعض الصور التّوازلية المرتبطة بعقد الرّواج من جهة الطبيعة والإبرام والآثار و الانحلال، بينما تطرقنا في المبحث الثاني للاجتهاد التّنزيلي في المسائل المرتبطة بالحمل وتوابعه، لنختتم الفصل بمبحث متعلق بالقضايا الطبية المستجدة في مسائل الأحوال الشّخصية، وانتهاءً بالخاتمة التي ضمّناها أهم نتائج البحث، والثمرات المتفصية عنه، مع بعض التّوصيات والمقترحات التي نرى فيها كفاية الانتهاض بالفعل التّمثلي -في جانبه الفقهي والقانوني- من وهده التّأصيلية، وعصمته من الانخرام والانتكاث.

إِهْفَصِكُ الْأَوَّلُ : ماهية الاجتهاد التنزيلى وضوابطه

ويتضمن المباحث التالية:

-المبحث الأول: حقيقة الاجتهاد التنزيلى

-المبحث الثاني: الضوابط المنظمة للاجتهاد التنزيلى فى الفقه الإسلامى

-المبحث الثالث: الضوابط المنظمة للاجتهاد التنزيلى فى القانون الجزائرى

مهَيِّدًا:

يقتضي منّا المنطق المنهجي في بحث اصطلاح مستجدّ كلاجتهاد التنزيلى التّطرق ابتداءً إلى ماهيّته لاستجلاء كنهه، وتمحيص حقيقته، وإعطائه -من ثمّ- حدًا مستجمعًا لدقائق جزئياته، ومحيطًا بالمضامين المشتملة فيه، ثم نبسط القول في مداركه والضوابط النازمة له على المستوى الفقهي، لنصل في الأخير إلى مكاشفة المعايير الواجب رعيها في إجراء النظر التطبيقي على المستوى التقنيي و القضائي.

وهكذا فإنّ حطّة دراسة هذا الفرع تقتضي منّا توزيعها على هذه البنود الثلاثة، وفق التّالي:

-المبحث الأول: حقيقة الاجتهاد التنزيلى

-المبحث الثاني: الضوابط المنظمة للاجتهاد التنزيلى في الفقه الإسلامى

-المبحث الثالث: الضوابط المنظمة للاجتهاد التنزيلى في القانون الأسرى الجزائرى

المبحث الأول: حقيقة الاجتهاد التنزيلي

نرصد في هذا المبحث الحيز المفاهيمي المتضمن بالاصطلاح اللقبى للاجتهاد التنزيلي، من خلال تعريفه اللغوي والاصطلاحي أولاً، ثم نتبع مدارج تطوره التاريخي ثانياً، لنصل إلى بحث مشروعيته، واستجلاء مناحي أهميته ثالثاً، في المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف الاجتهاد التنزيلي

نتغي في هذا المطلب الإبانة عن مفهوم الاجتهاد التنزيلي من جهة اللغة والاصطلاح، ليتسنى بعد ذلك توضيح مكمّن العلاقة بينه وبين ضمائه الاسمية التي تتقاطع معه في الغاية والوسيلة المقصودة منه، والمتمثلة في التطبيق الفعلي لأحكام الشريعة، وتمثّل قواعدها لشعاب الحياة المختلفة، وبسط نواميسها على الأفعال الإنسانية الجارية في الواقع. وسننهج في ذلك بحث التعريف اللغوي والاصطلاحي للاجتهاد التنزيلي باعتباره مركباً إضافياً في الفرع الأول، ثم التطرق إلى مفهومه باعتباره لقباً على علم في الفرع الثاني، بينما نخصص الفرع الأخير لإجراء مقارنة مختصرة تتحرى المقاطع الموضوعية والروابط العلائقية التي تصل موضوع الدراسة بضميمته الاسمية.

الفرع الأول: تعريف الاجتهاد التنزيلي باعتباره مركباً إضافياً

يقتضي تعريف المصطلحات بالاعتبار التركيبي والإضافي الوقوف عند مفهوم جزئياتها؛ ولما كان اصطلاح الاجتهاد التنزيلي مركباً من لفظي "الاجتهاد" و"التنزيل"، وهما جزآن على الأفراد يفيدان معنيين مستقلين، ويتحقق بهما على التركيب معنى ثالث مستقل ومنفصل، فإننا سنعمد إلى تعريف كل لفظة منهما على حدى في أصل الوضع اللغوي وعند الاصطلاح، ليستبين بعدها علاقته بالمعنى اللقبى للفظتين معاً.

أولاً: تعريف الاجتهاد لغة واصطلاحاً

1- تعريف الاجتهاد لغة: الاجتهاد افتعال من الجهد - بالفتح والضم¹؛ والجهد بالفتح: المشقة وبلوغ الغاية؛ يقال إجهد جهدك في الأمر، أي ابلغ غايتك فيه. وجهد الرجل دابته وأجهدها، إذا شاقها في السير، وحمل عليها فوق طاقتها، وجهد المرء فهو مجهود، إذا أصابته المشقة أو الهزال²، ومنه حديث أم

¹ - الرّازي، مختار الصحاح، تصحيح: أحمد شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994م، ص 63.

² - ابن منظور: لسان العرب، تصنيف يوسف خياط وتلخيص مرعشلي، دار لسان العرب، بيروت، د.ط، د.ت، ج 3، ص 133. الزبيدي: تاج العروس، دار الهداية، مصر، د.ط، د.ت، ج 07، ص 536. الرّازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 63.

معبد "شاةً خَلَفَهَا الْجُهْدُ عَنِ الْعَنَمِ"¹، وَجَهْدُ الْعَيْشِ بِالْكَسْرِ إِذَا نَكَدَ وَاشْتَدَّ². وقد يأتي بمعنى المبالغة؛ كما في قوله تعالى: ﴿وَأَقْسَمُوا بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ لَئِن جَاءَتْهُمْ آيَةٌ لَّيُؤْمِنُنَّ بِهَا﴾³.

أما الجُهد بالضم، فيعني الوُسع والطاقة⁴، وقد يرد بمعنى الشيء القليل يعيش به المقل على جهد العيش⁵، كما في التنزيل: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَجِدُونَ إِلَّا جُهْدَهُمْ فَيَسْخَرُونَ مِنْهُمْ سَخِرَ اللَّهُ مِنْهُمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾⁶.

والاجتهاد صيغة افتعال⁷، وهي والتجاهد في التواضع اللغوي سيان؛ إذ يعنيان بذل الوسع والمجهود في طلب أمر ما⁸، ولا يكون ذلك إلا لما فيه شُقة وكلفة، فلا يقال في حمل النقيير والخرذلة اجتهاد⁹. وبذلك تجمع اللفظة بين معنيي الجُهد والجهد، لتلازمهما، فلا بد فيهما من بذل الوسع ومنتهى الطاقة (الجُهد)، المفضي غالباً إلى تحصيل تمام المشقة وغاية الكلفة (الجهد). كما أن صيغة الاجتهاد على المبالغة في فعل البذل¹⁰،

- 1 - الحاكم: المستدرك على الصحيحين، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ط، د.ت، كتاب تواريخ المتقدمين، باب الهجرة وقد صح أكثر أخبارها، ج 3، ص 10. وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه. الطبراني، المعجم الكبير، مكتبة ابن تيمية، مصر، ط 2، 1994م، باب الحياء، حبيش بن خالد الخزاعي، ج 4، ص 48.
- 2 - الفارابي: الصحاح، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، لبنان، ط 4، 1987، ج 2، ص 264. ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، ج 3، ص 133.
- 3 [سورة الأنعام: الآية 109]
- 4 - الزبيدي: تاج العروس، مرجع سابق، ج 07، ص 538. - الفارابي: الصحاح، مرجع سابق، ج 2، ص 264. ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، ج 3، ص 134. الرّازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 63.
- 5 - ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، ج 3، ص 133.
- 6 [سورة التوبة: الآية 79]
- 7 - القرافي: نفائس الأصول في شرح المحصول، مكتبة نزار مصطفى الباز، السعودية، ط 1، 1995م، ص 389. الخالد، عبد العزيز مصطفى: دور الاجتهاد في مواكبة المستجدات، ثبت الندوة الدولية للاجتهاد الجماعي في العالم الإسلامي، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، ديسمبر 1996، ج 1، ص 45. ابن حميد، صالح بن عبد الله: الاجتهاد الجماعي وأهميته في نوازل العصر، ورقة بمؤتمر الفتوى وضوابطها، المجمع الفقهي الإسلامي، السعودية، 1424هـ، ص 07. منشور على الموقع: <http://www.world-dialogue.org/MWL/fatwa/FCS1R1.pdf>. تاريخ الاطلاع 2013/12/02.
- 8 - ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، ج 3، ص 135.
- 9 - الغزالي: المستصفى، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1993م، ص 342. ابن قدامة المقدسي: روضة الناظر، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، لبنان، ط 2، 2002م، ج 2، ص 333. الأمدي: الإحكام، المكتب الإسلامي، لبنان، د.ط، د.ت، ج 4، ص 162. البخاري: كشف الأسرار، دار الكتاب الإسلامي، لبنان، د.ط، د.ت، ج 4، ص 14. ابن اللحام: المختصر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد، جامعة الملك عبد العزيز، السعودية، د.ط، د.ت، ص 163.
- 10 - القرضاوي: الاجتهاد في الشريعة، مع نظرة تحليلية في الاجتهاد المعاصر، دار القلم، الكويت، ط 1، 1996، ص 11. السوسوة، عبد الحميد: الاجتهاد الجماعي في التشريع الإسلامي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط 1، 1998، ص 44. ابن حميد، صالح بن عبد الله: الاجتهاد الجماعي وأهميته في نوازل العصر، مرجع سابق، ص 07.

ومنه اجتهاد في الأمر إذا بلغ وسعه وطاقته في طلبه ليحصل له المدى والمنتهى في ذلك¹، وفي حديث معاذ "أَجْتَهَدُ رَأْيِي لَا أَلُو"²، أي أبذل وسعي وطاقتي في طلب الحق إلى منتهى الغاية.

2- تعريف الاجتهاد اصطلاحاً:

يختلف النظر الأصولي القديم عن نظيره الحديث للمفهوم الاصطلاحي للاجتهاد على النحو التالي:

أ- الاجتهاد في المفهوم الأصولي القديم:

إن استقصاء كتب الأصوليين في حدّهم لاصطلاح الاجتهاد يشي بسلوكلهم أحد نهجين اثنين في تحديد هذا المفهوم وبيان حقيقته؛ فيما أن يُبنى التعريف عندهم على الفعل الاجتهادي الذي صُدّر به، أو يتأسس على الصفة التي تلازم المتصدي لهذا النظر الشرعي. وستولى هنا تفصيل ذلك في البندين التاليين:

- الاعتبار الأول:

وسعى فيه أصحابه إلى التركيز على الجنس القريب للحد³ في تبيان ماهية العملية الاجتهادية، اعتماداً على المعنى اللغوي الذي تكتنزه⁴، فمحل الاعتبار عندهم التركيز على الفعل الذي يُتوخى من المجتهد أداءه للوصول إلى الحكم الشرعي، غير أن تعريفات الاجتهاد لأصحاب هذا الرأي جاءت متباينة تبايناً متفاوتاً، ولعل مرد ذلك إلى ثلاثة أمور أساسية:

- الأول: ويتعلق بمدى تقييد ذات الفعل المتوصل إليه من طرف متصدي العمل الاجتهادي لبلوغ التمام فيه توخياً من الوقوع في الاجتهاد غير المعتمد، أو ما يسميه أهل الأصول بـ "الاجتهاد الناقص"⁵. فتراوح هذا التقييد بين لفظ "البذل"، وبين مصطلح "الاستفراغ"؛ ومن اختار الأول ابن الهمام؛ فعرف الاجتهاد في التحرير على أنه: "بذل الطاقة من الفقيه في تحصيل حكم شرعي عقلياً كان أو نقلياً، قطعياً

1 - الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، لبنان، د.ط، د.ت، ج 01، ص 112.

2 - أحمد، المسند، ت. شبيب الأرناؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط 1، 2001م، تنمة مسند الانصار، حديث معاذ بن جبل رضي الله عنه، ج 36، ص 333. أبو داود: سنن أبي داود، المكتبة العصرية، لبنان، د.ط، د.ت، كتاب الاقضية، باب اجتهاد الرأي في القضاء، ج 3، ص 303.

3 - الجنس القريب في عرف المناطقة يعني: ما لا جنس تحته وفوقه الأجناس ويسمى الجنس السافل؛ كالحبوان فليس تحته جنس بل أنواع حقيقية. ينظر: الغزالي، محمد: الوليد المنطق في علم المنطق، دار حبيب للطباعة، مصر، ط 1، 1998، ص 346.

4 - الشامسي، سيف: نظرية الاجتهاد عند الإمام الشاطبي، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الأردن، 2006م، ص 55 و60.

5 - الطوفي: شرح مختصر الروضة، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط 1، 1987، ج 3، ص 576. الآمدي: الإحكام، مرجع سابق، ج 4، ص 162.

ابن أمير الحاج: التقرير والتحجير، دار الكتب العلمية، ط 2، 1983م، ج 3، ص 291. البخاري: كشف الأسرار، مرجع سابق، ج 4، ص 14.

كان أو ظنياً¹، ومن هنا المنحى: الجويني، والغزالي، والجصاص، وابن قدامه والزركشي وغيرهم².
 بينما فضّل الآمدي كلمة "الاستفراغ" التي تُظهر دلالة أبلغ في التعبير عن منتهى الغاية ومبلغ المجهود في عمل المجتهد، بخلاف لفظ "البذل" الذي لا يقتضي ذلك بالضرورة لوقوعه على مسماه مع بقاء إمكان الزيادة فيه³. بل وزاد الآمدي إلى الحد ضرورة إحساس الفقيه من نفسه العجز عن المزيد⁴؛ إذ جاء في تعريفه: "هو استفراغ الوسع في طلب الظن بشيء من الأحكام الشرعية، على وجه يحس من النفس العجز عن المزيد عليه"⁵، ووافقه في ذلك البيضاوي، وابن الحاجب، والرازي، والتفتازاني، والسبكي، والقرافي، والأسنوي، والمرداوي، والشوكاني، وابن أمير الحاج، والبخاري في كشفه، وابن اللحام في مختصره، وصاحب الأنجم الزاهرات وغيرهم⁶.
 بينما مال الشيرازي من الشافعية إلى الجمع بين العبارتين، فقال في لمعه: "الاجتهاد في عرف الفقهاء استفراغ الوسع وبذل المجهود في طلب الحكم الشرعي"⁷، وتابعه إلى قريب من ذلك ابن العربي من المالكية⁸.

1 - ابن أمير الحاج: التقرير والتحجير، مرجع سابق، ج 3، ص 291.

2 - الجصاص: الفصول في الأصول، وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت، ط 2، 1994، ج 4، ص 11. ابن قدامة المقدسي: روضة الناظر، مرجع سابق، ج 2، ص 333. الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتي، مصر، ط 1، 1994م، ج 8، ص 227. البخاري: كشف الأسرار، مرجع سابق، ج 4، ص 14. ابن اللحام: المختصر في أصول الفقه، مرجع سابق، ص 163. المارديني: الأنجم الزاهرات على حل ألفاظ الورقات في أصول الفقه، مكتبة الرشد، السعودية، ط 3، 1999م، ص 251. ابن أمير الحاج: التقرير والتحجير، مرجع سابق، ج 3، ص 291. الجويني: الورقات، دار الصميعي، السعودية ط 1، 1416هـ، ص 31. الغزالي: المستصفي، مرجع سابق، ص 342.
 3 - حسونة، عارف: مناهج الاجتهاد، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الأردن، 2005م، ص 318. خلفي، وسيلة: فقه التنزيل، مرجع سابق، ص 34 و35.

4 - يرى بعض المعاصرين أن عبارة البذل كافية، إذ "ليس على المكلف إلا بذل وسعه، كما قال تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾ البقرة-286، وإنما قالوا ذلك -أي اشتراط إحساس العجز- ليسدوا الطريق على المتسرعين والمقصرين الذين يخطفون الأحكام دون أن يجهدوا أنفسهم في مراجعة الأدلة والتعمق في فهمها والنظر فيما يعارضها". للاستزادة ينظر: القرضاوي، يوسف: الاجتهاد في الشريعة، مرجع سابق، ص 11 و12.

5 - الآمدي: الإحكام، مرجع سابق، ج 4، ص 162.

6 - السبكي: الإبهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1995م، ج 3، ص 236. الأسنوي: نهاية السؤل، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1999م، ص 394. المرادوي: التحجير شرح التحرير، مكتبة الرشد، السعودية، ط 1، 2000م، ج 8، ص 3865. الشوكاني: إرشاد الفحول، دار الكتاب العربي، مصر، ط 1، 1999م، ج 2، ص 205. الآمدي: الإحكام، مرجع سابق، ج 4، ص 162. الرازي: المحصول، مؤسسة الرسالة، سوريا، ط 3، 1997م، ج 06، ص 06. القرافي: الفروق، عالم الكتب، لبنان، د.ط، د.ت، ج 2، ص 119.

7 - الشيرازي: اللع في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 2، 2003م، ص 129.

8 - ابن العربي: المحصول، دار البيارق، الأردن ط 1، 1999، ص 152.

- الثاني: القطعية والظنية: الاختلاف حاصل بين أهل الأصول في التقييدات المتصلة بمطلوب الاجتهاد تحصيله من أحكام شرعية، فنص فريق منهم على أن غاية مطلوب الفقيه تحصيل ظن فقط، ومن ذلك قول بن الحاجب في حده للاجتهاد بأنه: "استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل ظن بحكم شرعي"¹، وهو ما ارتضاه الآمدي وابن بدران والتفتازاني وابن أمير الحاج وغيرهم².

وخالفهم في ذلك الغزالي وابن قدامة المقدسي والبخاري³، من خلال توظيفهم لكلمة "العلم" بدل "الظن"؛ فقد جاء في المستصفي: "الركن الأول: في نفس الاجتهاد وهو عبارة عن بذل المجهود واستفراغ الوسع في فعل من الأفعال، ولا يستعمل إلا فيما فيه كلفة وجهد، فيقال: اجتهد في حمل حجر الرحا، ولا يقال: اجتهد في حمل خردلة، لكن صار اللفظ في عرف العلماء مخصوصا ببذل المجتهد وسعه في طلب العلم بأحكام الشريعة"⁴. ومعلوم أن لفظ "العلم" شامل للظنيات والقطعيات في معناه الأعم وهذا ما جعل الاحتمال يتطرق إلى المقصود منه ههنا، وفق التالي:

1- أن المعنى المعتبر فيه هو مطلق الإدراك الذي يجمع بين دلالاتي القطع والظن⁵، وذلك تأسيسا على إمكان إثمار الاجتهاد لأحكام قطعية ولو كان مستندها الأول ظنيا، كما في الإجماع المستند إلى اجتهاد، فإن مخالفته غير جائزة عند الأكثرين⁶، والحال ذاته يقال في الأقيسة القطعية التي تكون أحكام أصولها مقطوعا بها، وعللها منصوصة في فروعها يقينا مجردة عن المعارض ولا فارق بينهما قطعا. ولا ريب أن اسم الاجتهاد منتظم لمعنى القياس، باعتباره المنبئ عن حاله والطريق الموصلة إليه⁷. وأكد ذلك ابن تيمية في رده على إمام الحرمين الجويني بخصوص حصره لمسائل الاجتهاد في الظنيات⁸، فقال في مسودته: "تضمن هذا أن ما يعلم بالاجتهاد لا يكون قطعيا قط، وليس الأمر كذلك، فرب دليل

1 - الأصفهاني، محمود: بيان المختصر شرح مختصر بن حاجب، دار المدني، السعودية، ط1، 1986م، ج3، ص286.

2 - التفتازاني: شرح التلويح على التوضيح، مكتبة صبيح، مصر، د.ط، د.ت، ج2، ص234. الآمدي: الأحكام، مرجع سابق، ج4، ص162. ابن أمير الحاج: التقرير والتحبير، مرجع سابق، ج3، ص291.

3 - الغزالي: المستصفي، مرجع سابق، ص342. ابن قدامة المقدسي: روضة الناظر، مرجع سابق، ج2، ص333. البخاري: كشف الأسرار، مرجع سابق، ج4، ص14.

4 - الغزالي: المستصفي، مرجع سابق، ص342.

5 - الخطيب، اسماعيل: الاجتهاد بين الفرد والمؤسسة، ثبت الندوة الدولية للاجتهاد أي دور وأي جديد، كلية الآداب والعلوم الإنسانية بجامعة محمد الخامس، المغرب، 1996، ص92. حسونة، عارف: مناهج الاجتهاد، مرجع سابق، ص322. بابا أدو، مختار: تجزؤ الاجتهاد عند الأصوليين، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ع15، 1423هـ، ص430.

6 - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، دار ابن عفان، السعودية، ط1، 1997م، ج1، ص86. الجويني: البرهان، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1997م، ج2، ص30. الزرقا: شرح القواعد الفقهية، دار القلم، سوريا، ط2، 1989م، ص80.

7 - الجصاص: الفصول في الأصول، مرجع سابق، ج4، ص12. الغزالي: المستصفي، مرجع سابق، ص281.

8 - الجويني، أبو المعالي: الاجتهاد، دار القلم، سوريا، ط1، 1408هـ، ص23 وما بعدها.

خفي قطعي" ¹.

2- أن المراد من كلمة "العلم" هنا محض القطع واليقين ². بدليل أن الغزالي -نفسه- قال في معرض تحديده لمفهوم العلم بأنه: "عبارة عن أمر جزم لا تردد فيه ولا تجويز" ³، وفصل وجه تميزه عن الظن والشك بانتفاء القطع عنهما ⁴. وبذلك يكون من غير المستساع تبني تفسير مغاير للذي أوضحه صاحب الحد.

3- أن مدلول العلم هو غلبة الظن ⁵، جريا على العرف الأصولي المتبع ⁶. وأساس ذلك أن الظن باعتباره أحد معاني العلم هو المقصود الراجح، على اعتبار حصر مجال الاجتهاد فيه في الظنيات التي لا تثمر أحكاما قطعية ⁷. فتعين القول بالظن إذا كان غالبا لأنه يجري مجرى اليقين ⁸.

4- أن مقصود الغزالي من العلم أصل وضع الكلمة في اللغة، لا ما تنصرف إليه من معان أصولية، لأن لفظ العلم فيه إشارة إلى أن المطلوب الأصلي في العمل الاجتهادي هو الوصول إلى حكم يقيني قاطع، فإن أعجزت الضرورة عن ذلك، عُدل إلى تحصيل الحكم وفق ظنه الغالب، وهو "معنى لا يؤديه ولا يشعر به استعمال كلمة الظن في تعريف الاجتهاد بدل العلم" ⁹.

ولعل هذا الاحتمال هو الأقرب إلى الصواب والحق من غيره. فقد جزم الغزالي بأن الاجتهاد يجوز له في مواطن العجز تحقيق علم الحكم بظنه، لأن الضرورة داعية إليه في كل مسألة ليس فيها دليل قاطع ¹⁰. وإلى هذا يميل كثير من أهل الأصول، غير أن قلة منهم نصت على ذلك صراحة في تعاريفها؛ كالكمال بن

1 - ابن تيمية: المسودة في أصول الفقه، دار الكتاب العربي، لبنان، د.ط، د.ت، ص 496.

2 - العمري، نادية: الاجتهاد في الإسلام، مؤسسة الرسالة، سوريا، ط 3، 1983م، ص 454.

3 - الغزالي: المستصفي، مرجع سابق، ص 21.

4 - الغزالي: المستصفي، مرجع نفسه، ص 21.

5 - حسونة، عارف: مناهج الاجتهاد، مرجع سابق، ص 322.

6 - يراد من العلم مطلق التصديق؛ فيشمل لذلك اليقين والظن وشاهده في الظن قوله تعالى: ﴿فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ

المتحنه- 10، وقد يفيد الظن العلم اليقيني نحو قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ أَنَّهُمْ مُلْفِقُوا رِيْبَهُمْ وَأَنَّهُمْ إِلَيْهِ رَاجِعُونَ﴾ البقرة-46. ينظر:

الأمدي: الإحكام، مرجع سابق، ج 4، ص 170. الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه، مرجع سابق، ج 6، ص 136. المرادوي: التنجير شرح التحرير، مرجع سابق، ج 1، ص 229 و 230. الطوفي: شرح مختصر الروضة، مرجع سابق، ج 3، ص 595.

7 - الرازي: المحصول، مرجع سابق، ج 06، ص 11. الأمدي: الإحكام، مرجع سابق، ج 4، ص 170. الطوفي: شرح مختصر الروضة، مرجع سابق، ج 3، ص 595. التفتازاني: شرح التلويح على التوضيح، مرجع سابق، ج 2، ص 236.

8 - الأمدي: الإحكام، مرجع سابق، ج 1، ص 264. الطوفي: شرح مختصر الروضة، مرجع سابق، ج 3، ص 118. السمعاني: قواطع الأدلة في الأصول، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1999م، ج 1، ص 474. القرافي: شرح تنقيح الفصول، شركة الطباعة الفنية المتحدة، لبنان، ط 1، 1973م، ص 339. البخاري: كشف الأسرار، مرجع سابق، ج 3، ص 263. الأسنوي: نهاية السؤل، مرجع سابق، ص 394.

9 - حسونة، عارف: مناهج الاجتهاد، مرجع سابق، ص 323 و 324. توانا، سيد محمد موسى: الاجتهاد ومدى حاجتنا إليه في هذا العصر، دار الكتب الحديثة، مصر، د.ط، د.ت، ص 110.

10 - الغزالي: المستصفي، مرجع سابق، ص 369.

الهمام إذ جاء في تحريره بأنه: "بذل الطاقة من الفقيه في تحصيل حكم شرعي عقليا كان أو نقليا قطعيا كان أو ظنيا"¹، بينما فضل الباقي الإطلاق وترك التصريح، كالبيضاوي في منهاجه، إذ يقول: "الاجتهاد هو استفراغ الوسع في درك الأحكام الشرعية"²، والزركشي يعرفه في محيطه بأنه: "بذل الوسع في نبيل حكم شرعي عملي بطريق الاستنباط"³، والرازي في محصولة يبين بأنه: "استفراغ الوسع في النظر فيما لا يلحقه فيه لوم مع استفراغ الوسع فيه"⁴، وإلى هذا ذهب الشيرازي والشوكاني والأسنوي والمرداوي وابن اللحام وغيرهم⁵.

– الثالث: حال القائم بالنظر الاجتهادي: تقييد كل من الغزالي والآمدي وابن رشد استفراغ الوسع بكون القائم به مجتهدا محل نظر، لأنه يؤول إلى التسلسل والدور؛ فالتسلسل حاصل من حيث توقف حصول فعل الاجتهاد المراد تعريفه على اجتهاد سابق له باشره المجتهد قبلا، ومعرفة هذا الاجتهاد القبلي متوقفة بدورها على اجتهاد أسبق من الاجتهادين الأوليين وهكذا، وفق ترتيب غير متناه، وهو باطل عقلا⁶.

وأما الدور؛ فلتوقف كينونة المجتهد على وقوع فعل الاجتهاد توقفا مباشرا من غير واسطة، ولا يبدر الفعل الاجتهادي منه إلا إذا كان مجتهدا. فامتنع بيان حقيقة المعرف حتى تتحقق معرفة المعرف، وهو هنا ذات الاجتهاد، وهذا هو الدور الباطل⁷.

وتفاديا لهذا الدور وذاك التسلسل استعاض بعض علماء الأصول عن لفظة المجتهد بـ "الفقيه"⁸. وهو محل إشكال أيضا للتلازم بينه وبين الاجتهاد، فإنه لا يصير فقيها إلا بعد الاجتهاد، كما ذكر التفتازاني؛

1 - ابن أمير الحاج: التقرير والتحبير، مرجع سابق، ج 3، ص 291.

2 - السبكي: الإبهاج في شرح المنهاج، مرجع سابق، ج 3، ص 236.

3 - الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه، مرجع سابق، ج 8، ص 227.

4 - الرازي: المحصول، مرجع سابق، ج 06، ص 06.

5 - ابن اللحام: المختصر في أصول الفقه، مرجع سابق، ص 163. الشيرازي: اللمع في أصول الفقه، مرجع سابق، ص 129. الأسنوي: نهاية السؤل، مرجع سابق، ص 394. المرادوي: التحبير شرح التحرير، مرجع سابق، ج 8، ص 3865. الشوكاني: إرشاد الفحول، مرجع سابق، ج 2، ص 205.

6 - حسونة، عارف: مناهج الاجتهاد، مرجع سابق، ص 321.

7 - يرى بعض المعاصرين أن هذا الدور ليس من قبيل الممنوع، بل هو دور المعية الجائر لتعلق التوقف على الاشتقاق اللفظي بين المجتهد والاجتهاد. يراجع: العمري، نادية: الاجتهاد في الإسلام، مرجع سابق، ص 25. حسونة، عارف: مناهج الاجتهاد، مرجع سابق، ص 321.

8 - منهم ابن الحاجب والكمال بن الهمام والمرداوي وابن النجار، وعلق الشوكاني على إضافة هذا القيد بقوله: "ولا بد من ذلك فإن بذل غير الفقيه وسعه لا يسمى اجتهادا اصطلاحا". ينظر: الأصفهاني، شمس الدين، بيان المختصر شرح مختصر بن حاجب، مرجع سابق، ج 3، ص 286. المرادوي: التحبير شرح والتحرير، مرجع سابق، ج 8، ص 3865. ابن أمير الحاج: التقرير والتحبير، مرجع سابق، ج 3، ص 291. = الشوكاني: إرشاد الفحول، مرجع سابق، ج 2، ص 206. ابن النجار: مختصر التحرير شرح الكوكب المنير، مكتبة العبيكان، ط 2، 1997م، ج 4، ص 459.

والوجه لهذا الاحتراز، ولهذا لم يذكر هذا القيد الغزالي والآمدني وغيرهما، فإنه لا يصير فقيها إلا بعد الاجتهاد، اللهم إلا أن يراد بالفقه التهيؤ لمعرفة الأحكام على ما سبق، ثم ظاهر كلام القوم أنه لا يتصور فقيه غير مجتهد ولا مجتهد غير فقيه على الإطلاق، نعم اشترط في الفقه التهيؤ للكل، وجوز الاجتهاد في مسألة دون مسألة تحقق مجتهد ليس بفقيه¹.

وظاهر التحقيق يثبت أن قصد التهيؤ لمعرفة الأحكام من لفظ الفقيه لدى ابن الحاجب ومن نحاه نحوه احتمال بعيد مستلزم للدور هو الآخر²، سيما مع انعدام القرينة الصارفة عن معنى حقيقة الفقه ههنا، وكمال الصنيع في الحدود يستلزم البعد عن المجاز³.

– الاعتبار الثاني:

اعترض بعض الأصوليين على عدم مانعية التعاريف السالفة، المبتناة على فعل المجتهد، من دخول من لم يحز ملكة الاستنباط فيها، ولذلك أسسوا مفهوم الاجتهاد عندهم على اعتبار ثان هو: الصفة الملازمة للناظر في مدارك الأحكام فالحد مصدر بلفظ "الملكة"⁴ باعتبارها قوة ذهنية ضرورية في أداء النظر الاجتهادي⁵.

وهذا الاتجاه نادر وأصحابه قلة وإليه ركن البهائي، والميرزا القمي، ومحمد تقي الحكيم من الشيعة⁶. فيعرفه البهائي بأنه: "ملكة يقتدر بها على استنباط الحكم الشرعي الفرعي عن الأصل فعلا أو قوة قريية"⁷، أما الحكيم فيرى أنه: "ملكة تحصيل الحجج على الأحكام الشرعية أو الوظائف العملية الشرعية أو

1 – التفنازي: شرح التلويح على التوضيح، مرجع سابق، ج 3، ص 579 و580. ابن أمير الحاج: التقرير والتحجير، مرجع سابق، ج 3، ص 291.

2 – المنيوي: الشرح الكبير لمختصر الأصول من علم الأصول، المكتبة الشاملة، مصر، ط 1، 2011م، ص 593.

3 – العمري، نادية: الاجتهاد في الإسلام، مرجع سابق، ص 26.

4 – الملكة هي: "صفة راسخة في النفس تحصل في شكل هيئة مستحكمة متكررة بسبب فعل من الافعال". ينظر: الجرجاني: التعريفات، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1983م، ص 229. الكفوي: الكليات، مؤسسة الرسالة، لبنان، د.ط، د.ت، ص 752. التهانوي: التعريفات، مكتبة لبنان، لبنان، ط 1، 1996م، ج 2، ص 1396.

5 – القحطاني: مسفر: منهج استخراج الأحكام الفقهية للنوازل المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، 2000، ج 1، ص 151. العمري، نادية: الاجتهاد في الإسلام، مرجع سابق، ص 22 و23. الزحيلي، وهبة: أصول الفقه، دار الفكر، سوريا، ط 1، 1986، ج 2، ص 1076.

6 – السوسوة، عبد المجيد: دراسات في الاجتهاد وفهم النص، دار البشائر، لبنان، ط 1، 2003، ص 13. شمس الدين، محمد مهدي: الاجتهاد والتجديد في الفقه الإسلامي، المؤسسة الدولية للطباعة والنشر، لبنان، ط 1، 1999م، ص 41.

7 – البهائي: زبدة الأصول، ت. فارس حسون كريم، دار المرصاد، إيران، ط 1، 1423هـ، ص 159.

العقلية"¹، وكلاهما يعبران عن الاجتهاد بمقولة الكيف من حيث هو ذات ملكة². ودافعهم في ذلك عدم القول بتجزؤ الاجتهاد، فكان أن لجؤوا إلى هذه الكلمة ظناً أنها لا تتجزؤ هي الأخرى، وهي إحدى أوجه شذوذ وغرابة هذا الاتجاه³. كما أن لفظ الملكة يخرج الاجتهاد من أطراف الواجب التخييري الذي يثبتونه للتقليد والاحتياط والاجتهاد، مما يعرض المجتهد للعقاب إن لم يسع للاستنباط وتحصيل الحجة⁴. ثم إن الملكة نفسها محل إشكال لتزداد المعنى فيها بين الجبلّة والكسب من حيث سبب رسوخها في النفس⁵، والأول ممتنع لتعارضه مع مبدأ كفاية الشريعة وصلاحتها لكل زمان ومكان⁶.

والذي يتبدى مما ذكرنا أن الاتجاه الأول الذي يعتد بحال المجتهد في تعريف الاجتهاد أولى بالترجيح والاعتبار لتطابق معناه الاصطلاحي مع وضعه اللغوي من حيث الإنشاء بدقة عن فاعلية الاجتهاد في الاستنباط، بخلاف الاعتبار الثاني الذي يحجز القائم بالنظر الاجتهادي دون حيز الفعلية ويبقى عمله مجرد قابلية ذهنية مجردة من كل أثر شرعي يتجاوز صاحبها⁷، غير أن ثمة قاسماً مشتركاً يجمعهما؛ إذ أن "الاجتهاد لا يتأتى إلا ببذل الجهد سواء من البداية (الاتجاه الأول)، أو بعد عدة محاولات وممارسات لهذا البذل والجهد لتصبح صفة ملازمة للمجتهد (الاتجاه الثاني)"⁸، ليصبح الاجتهاد بذلك فعلاً استنباطياً أساسه ملكة متوقدة يقتدر بها المجتهد على تحصيل الأحكام الشرعية من مظانها.

والجدير بالذكر -بعد عرض هذا السجل الأصولي- أن تعاريف الاتجاهين تصب في مجملها في ما يصطلح عليه أصولياً بـ "فقه الاستنباط"، فقد خلت تماماً من الإشارة إلى "فقه التنزيل" أو "الاجتهاد التطبيقي"⁹، الذي تأخر اهتمام علماء الأصول له قروناً عديدة، لتجدد جذوة الاهتمام به في العصر الحالي، على ما سنبين في المحور الموالي.

ب- الاجتهاد في المفهوم الأصولي المتأخر:

لقد كان للشاطبي سبق الفضل في الإشارة أن دور الفعل الاجتهادي لا يتوقف عند التعرف على

- 1 - الحكيم، محمد تقي الدين: الأصول العامة للفقه المقارن، مؤسسة البيت، إيران، ط 2، 1979م، ص 563.
- 2 - شمس الدين، محمد مهدي: الاجتهاد والتجديد في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 41.
- 3 - العمري، نادية: الاجتهاد في الإسلام، مرجع سابق، ص 23.
- 4 - الغروي، ميرزا علي: التنقيح في شرح العروة الوثقى للنخوي، دار الهادي للطبوعات، إيران، ط 1، د.ت، ص 09.
- 5 - رحال، علاء الدين: معالم وضوابط الاجتهاد عند بن تيمية، دار النفائس، الأردن، ط 1، 2002م، ص 56. بابهن، عبد الله صالح: الاجتهاد الجماعي وأثره في الفقه، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الأردن، 2006م، ص 17.
- 6 - بابهن، عبد الله صالح: الاجتهاد الجماعي وأثره في الفقه، مرجع نفسه، ص 18.
- 7 - السوسوة، عبد الحميد: دراسات في الاجتهاد وفهم النص، مرجع سابق، ص 13.
- 8 - رحال، علاء الدين: معالم وضوابط الاجتهاد عند بن تيمية، مرجع سابق، ص 56.
- 9 - خلفي، وسيلة: فقه التنزيل، مرجع سابق، ص 36.

الأحكام الشرعية في المسائل - محل النظر - بل ينتظم مهمة أخرى تتمثل في الاجتهاد من أجل التعرف على المحل الذي ينزل فيه مراد الله من المسائل التي ورد فيها نص قاطع أو ظني، ومن المسائل التي لم يرد فيها نص مطلقاً¹. وإن كان صاحب هذا التصور لم يعن بتأصيل حد يجمع عناصر ومفاهيم هذا النظر الاجتهادي، غير أن بعض العلماء المعاصرين تلقفوا هذا المسعى بالبحث والسير وخلصوا إلى وجوب تجلية الجانب التطبيقي للاجتهاد عند رسم تعريفه الشامل، وفق منهج يزاوج بين فقه استنباط الأحكام الشرعية، وبين النظر في تعيين محال تلك الأحكام عند التنزيل على أرض الواقع²، ومن هؤلاء العلماء:

- عبد الله دراز: إذ أورد في بعض إحصاءاته وتعليقاته على الشاطبي في موافقاته أن الاجتهاد هو: "استفراغ الجهد وبذل الوسع إما في درك الأحكام الشرعية، وإما في تطبيقها"³.

فالعامل الاجتهادي - بحسبه - قسمان: ضرب مناط بتطبيق الأحكام ويشمل مجموع الأمة، ولا ينقطع أصل التكليف فيه اتفاقاً، وضرب سابق له يختص بدرك الأحكام والتعرف عليها، وهو محصور في من هو أهل له، وإمكان خلو الزمان منه محل نظر بين أهل العلم. وهذا التعريف على جودته معيب لتضمنه التكرار والحشو؛ فذكر استفراغ الجهد مغن عن تكراره بعبارة "بذل غاية الوسع"، لأن معناهما متقارب إن لم يكونا سيان فيه.

- محمد أبو زهرة: نسب في أصوله إلى بعض العلماء اصطلاحهم للاجتهاد بأنه: "استفراغ الجهد وبذل غاية الوسع إما في استنباط الأحكام الشرعية وإما في تطبيقها"⁴. وهو عين الحد السالف مع استبداله للفظ "درك" بـ "استنباط"، وما قيل بخصوص التعريف الأول من نقد يقال هنا.

- قطب مصطفى سانو: "بذل الوسع العلمي المنهجي الذي يقوم به الشخص المتمكن من أدوات علمية معينة في عصر معين بغية التوصل إلى المراد الإلهي في مسألة من المسائل، وقصد الوصول إلى فهم دقيق للواقع الإنساني بحيث يغدو الوحي الإلهي موصولاً بالواقع الإنساني، وبمسي الواقع الإنساني منفعلاً بالزمامات الوحي وتعليماته، فيأخذ الوحي مجراه نحو الوقوع الفعلي ويأخذ الواقع مجراه نحو التكيف والانضباط بالتزامات الوحي"⁵، ورغم إفصاح هذا الحد عن فاعلية الشق التمثلي للفعل الاجتهادي في

1 - سانو، مصطفى قطب: قراءة تحليلية في مصطلح الاجتهاد الجماعي المنشود، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية، الإمارات، ع 21، يونيو 2001م، ص 195.

2 - ابن دودو، محمد سالم: الاجتهاد المقاصدي، منزلته وماهيته، المؤتمر العام الثاني والعشرين للمجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، الإمارات، فبراير 2010م، ص 04. بحث منشور على الموقع الإلكتروني:

تاريخ الاطلاع 2013/12/03. <http://imtithal.com/web/uploaded/media/research/14.pdf>

3 - راجع التعليق الثالث لعبد الله دراز على أول كتاب الاجتهاد في الموافقات: الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 4، ص 89.

4 - أبو زهرة، محمد: أصول الفقه، دار الفكر، سوريا، د.ط، د.ت، ج 5، ص 11.

5 - سانو، مصطفى قطب: قراءة تحليلية في مصطلح الاجتهاد الجماعي المنشود، مرجع سابق، ص 195.

صناعة الأحكام، وتوصيفه لمراحله على نحو دقيق ومفصل، بيد أنه مفتقر للانضباط بمعيار الإيجاز في صياغة التعاريف.

-**الذوايدي قوميدي**: ركب تعريفا للاجتهاد - في رسالته للدكتوراه - خلص فيه إلى أن الاجتهاد بالمفهوم الموسع يعني: "استفراغ الوسع في نيل حكم شرعي عملي استنباطا وتطبيقا"¹. وعليه فيكون هذا الحد هو الأوفق - من وجهة نظر الباحث - لتمحضه من المناقذ السابقة وليس عليه مزيد سوى أن لفظة التطبيق تعني في أصل الوضع الإسقاط الجملي المباشر للأحكام، وليس ذلك بالمعنى الدقيق الحاصل في منهج الإفتاء وخطط القضاء بالنسبة لمفردات المسائل والنوازل - على ما سيتوضح في تعريف التنزيل - ولذلك يستعاض عنها بعبارة "تنزيلا" ليصبح التعريف: "استفراغ الوسع في نيل حكم شرعي عملي استنباطا وتنزيلا".

ثانيا - تعريف التنزيلي لغة واصطلاحا

1- تعريف التنزيل لغة:

أصل الوضع اللغوي للتنزيل من نَزَلَ الدالة على وقوع الشيء وحلوله². والتنزيل هو النقل من العلية إلى الدون على مهل وتدرج، لأنه مطاوع "نزل" بخلاف الإنزال فهو دفعي؛ ومنه قوله تعالى: ﴿ نَزَّلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ وَأَنزَلَ التَّوْرَةَ وَالْإِنْجِيلَ ﴾³.
وقد يرد بمعان آخر من مثل:

1- **الترتيب**: فتنزيل الشيء يعني ترتيبه ووضعه منزله⁴.

2- **القرآن الكريم**: نحو قوله تعالى: ﴿ تَنْزِيلٌ مِّن رَّبِّ الْعَالَمِينَ ﴾⁵، وخص القرآن باسم التنزيل لنزوله منجما على مراحل ودفعات بحسب الوقائع والمناسبات⁶.

1 - قوميدي، الذوايدي: الاتجاهات الاجتهادية المعاصرة في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية بجامعة الجزائر، الجزائر، 2010م، ص 43.

2 - ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، سوريا، د.ط، 1979م، ج 5، ص 417. - الرّازي: مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 308. ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 11، ص 656 و659. الزبيدي: تاج العروس، مرجع سابق، ج 30، ص 478.

3 - [سورة آل عمران: الآية 03]

4 - الفارابي: الصحاح، مرجع سابق، ج 05، ص 1829. ابن فارس، أحمد: مجمل اللغة، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط 2، 1986م، ص 864. ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ج 5، ص 417. الرّازي: مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 308. الفيومي، أحمد: المصباح المنير، مرجع سابق، ج 2، ص 600.

5 - [سورة الواقعة: الآية 80]

6 - ابن مهران: معجم الفروق اللغوية، مؤسسة النشر الإسلامي، إيران، ط 1، 1412هـ، ص 79. - ابن سيده، أبو الحسن: المحكم والمحيط الأعظم، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1986م، ج 06، ص 469. ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 1، ص 128. الزبيدي: تاج العروس، مرجع سابق، ج 1، ص 363 وج 30، ص 479.

2- تعريف التنزيل اصطلاحاً:

التنزيل اصطلاح معهود لدى العلماء المتقدمين فقد استخدمه علماء الأصول لإرادة معان عديدة ترجع في غالبيتها إلى ثلاثة أصول هي:¹

أ- **الحمل والإلحاق**: فمما قيل في معنى المقايسة وحمل الجزئيات على نظائرها ما ذكره السبكي في الأشباه: "ومنها أوصى بعود من عيدانه وله عيدان لهو غير صالحة لمباح، وعيدان قسي وبناء؛ فالأصح بطلان الوصية تنزيلاً على عيدان اللهو"². وصرح الزركشي بهذا المعنى في محيطه، فقال أن: "تنزيل الوقائع على الوقائع من أدق وجوه الفقه وأكثرها للغلط"³، ومثل له ابن رجب في قواعد بنكاح "الخامسة في عدة الرابعة، تنزيلاً لحالة العدة منزلة حالة النكاح"⁴. أما ما ورد عن الأصوليين في معنى الإلحاق؛ فمثاله: قول الزركشي: "إذا دارت الحادثة على القضاء أو على الفتوى فعندنا تنزيلها على القضاء أولى"⁵.

ب- **تطبيق الكلي على الجزئي**: وفي ذلك يقول السيوطي: "ولهذا تجد كثيراً من الفقهاء لا يعرفون أن يفتوا وإن خاضوا تنزيل الفقه الكلي على الموضوع الجزئي فذلك يحتاج إلى تبصر زائد على حفظ الفقه وأدائه"⁶، أي أن صاحب الإفتاء مفتقر إلى مزيد نظر في كيفية تطبي الكليات الفقهية على ما يلائمها من جزئيات الواقع ومفرداته.

ج- **تطبيق الحكم الشرعي**: ومثاله ما أثبتته ابن نجيم في نظائره لدى بحث الفرق بين فقه القضاء وعلمه، فقال: "الفرق بين علم القضاء وفقه القضاء فرق ما بين الأخص والأعم، ففقه القضاء أعم لأنه العلم بالأحكام الكلية، وعلم القضاء الفقه بالأحكام الكلية مع العلم بكيفية تنزيلها على النوازل الواقعة"⁷. وقد يكون أساس هذا التطبيق قواعد الشرع كما صرح بذلك الطوفي في شرحه لمختصر الروضة⁸، والشاطبي في موافقاته، إذ يقول: "والمقصود من وضع الأدلة تنزيل أفعال المكلفين على حسبها"⁹، ويوضح ذلك في معرض كلامه عن اعتبار كليات الأدلة وجزئياتها بقوله: "وحقيقته نظر مطلق في مقاصد الشارع، وأن تتبع نصوصه مطلقة ومقيّدة أمر واجب، فبذلك يصح تنزيل المسائل على مقتضى قواعد الشريعة ويحصل منها

1 - خلفي، وسيلة: فقه التنزيل، مرجع سابق، ص 100.

2 - السبكي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1991م، ج 1، ص 171،

3 - الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه، مرجع سابق، ج 8، ص 339.

4 - ابن رجب: القواعد، دار الكتب العلمية، لبنان، د.ط، د.ت، ج 7، ص 146.

5 - الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه، مرجع سابق، ج 8، ص 254.

6 - السيوطي: الرد على من أخلد إلى الأرض وجهل إن الاجتهاد في كل عصر فرض، مكتبة الثقافة الدينية، مصر، د. ط، د.ت، ص 90.

7 - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1999م، ص 336.

8 - الطوفي: شرح مختصر الروضة، مرجع سابق، ج 2، ص 153.

9 - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 3، ص 217.

صور صحيحة الاعتبار"¹.

وقد يكون مستند هذا التطبيق إجراء المسألة على وفق مناطها المحقق، وهو ما يسميه الشاطبي بـ "اجتهاد تحقيق المناط"، والذي يقول فيه: "ولو فرض ارتفاع هذا الاجتهاد لم تنزل الأحكام الشرعية على أفعال المكلفين إلا في الذهن"².

الفرع الثاني: تعريف الاجتهاد التنزيلى باعتباره لقباً على علم

يعد الاجتهاد التنزيلى من الاصطلاحات العصرية المبتكرة التي لم يتعرض لها القدامى بالبحث التنظيري والدرس التأصيلي، وعليه فلا غرو أن نعدم له تعريفاً عندهم، وإذا كان هذا حال المتقدمين فإن الدراسات الحديثة قد نشطت في تدارك هذا الثغر، غير أنها انصبت في مجملها إلى بحث "فقه التنزيل" الذي يمثل المرجعية المعرفية لهذا النوع من الاجتهاد³، أو دراسة هذا النوع من الاجتهاد تحت مسمى مغاير هو "الاجتهاد التطبيقي".

وعليه فسنستولى هنا رصد أهم هذه الجهود التي تولته بالبيان والتعريف؛ من خلال تعريف فقه التنزيل ابتداءً والاجتهاد التنزيلى انتهاءً، ثم نعرض على دراسة مرتكزات القوة فيها وبحث مواطن الخلل لانتخاب الحد الأسلم لمصطلح الاجتهاد التنزيلى.

أولاً- تعريف فقه التنزيل:

وُجدت محاولات جادة لبعض العلماء والباحثين المعاصرين لتعريف هذا المعنى، وصقله ضمن حدّ جامع منضبط، ويمكن أن نذكر من ذلك:

-تعريف فريد الأنصاري للتنزيل من أنه: "توقيع الحكم الشرعي المستفاد بالنص أو بالاستنباط بتحقيق مناطه على العموم أو على الخصوص"⁴.

ورغم دقة هذا الحد وضبطه المتجلي؛ من خلال تضمينه للآلية الأساسية للتنزيل، غير أنه معيب من جهة الإسهاب المخلل بذكر مواطن استفادة الحكم الشرعي نصاً واستنباطاً، كما أنه يفتقر لذكر مقوم المآل المعبر في الحكم المنزل على الوقائع الجزئية⁵.

1 - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 3، ص 183.

2 - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع نفسه، ج 5، ص 17.

3 - تلوت، جميلة: فقه التنزيل عند الامام ابن تيمية، مرجع سابق، ص 46.

4 - الأنصاري: المصطلح الأصولي عند الشاطبي، مطبعة النجاح، المغرب، ط 1، 2004، ص 297.

5 - تلوت، جميلة: فقه التنزيل عند الامام ابن تيمية، سلسلة الأمة، قطر، ط 1، 2011، ص 44.

-تعريف بلخير عثمان بأنه: "النظر الشرعي لاستخلاص حكم شرعي يحكم أفعالا أو تصرفات أو قضايا مقترنا بجثيات تلك الوقائع والنوازل"¹. وقد أبرز هذا التعريف أهمية ودور فقه الواقع في تبصر الحكم الشرعي الخاص بالأفعال والتصرفات المنظورة، غير أنه لم يبرهن -بالوجه الكافي- عن أثر مكتنفات هذا الواقع في تغيير أحكام تلك الوقائع على وفق مقصود الشارع منها والمصالح المرعية فيها، فضلا عن تضمنه للتكرار والإطالة².

-تعريف وسيلة خلفي بأنه: "الفهم العميق لكيفية تطبيق الأحكام الشرعية العملية بما يحقق مقصود الشارع"³. والملاحظ في هذا الحد اعتماده الضميمة اللغوية "التطبيق"، وهي لفظة وإن كانت تحمل معنى التنزيل، بيد أنه معنى يخلو من التدرج والترتيب المتضمن بلفظ "التنزيل"، كما أنها متضمنة لمعنى الإنجاز الجمعي للشيعة على حيز مكاني معين في زمن مخصوص، وهو معنى غالب على اللفظ وليس المقصود المباشر في هذا الشق من النظر الفقهي.

كما أن حصر هذا التعريف لتمثل فقه التنزيل في مجرد الفهم قاصر به عن بلوغ جوهر حقيقته؛ إذ الفهم مختص بالعامي كما هو مختص بالمتجهد، وبين الفقه والفهم فروق ومراتب في إبراز المعنى. كما أن الاستعمال لمعنى الفقه جار عند العلماء على معنى العلم لا الفهم المجرد، ووصفه بالعمق لا يغني عن هذه الحقيقة؛ إذ يتفاوت الفقه ظهورا وخفاء في ذلك بحسب الأحوال الملتبسة للواقعة وظروفها المكتنفة⁴.

-ويعرفه فريد شكري على أنه: "العلم بإيقاع الحكم الشرعي في الموضوع اللائق على الوجه اللائق"⁵. وثلمة هذا الحدّ عدم تدقيق لفظ "الحكم الشرعي" الذي كما يشمل عملياته، يشمل أيضا علمياته رغم خروجها عن دائرة الاجتهاد الفقهي، كما أن صياغته جاءت مبهمه بخصوص المحل التنزيلي وضوابط التنزل، من حيث استوجب البيان سكب الوضوح عليها، والتي أشار إليها صاحب التعريف بالموضوع والوجه اللاتقين دونما بيان لوجه هاته اللياقة ولا كنهها، وحق التعاريف البعد عن الإبهام والغموض.

1 - بلخير، عثمان: البعد التنزيلي في التنظير الأصولي عند الإمام الشاطبي، مرجع سابق، ص 34.

2 -تضمن التعريف تكرارا لمادتي "الشرعي" و"حكم".

3 - خلفي، وسيلة: فقه التنزيل، مرجع سابق، ص 102.

4 - يقول محمد أبو زهرة: "ليس الفقه هو الفهم المجرد، أما الفقه هو شق الحقائق حتى يصل إلى لبها وغايتها"، وهذا ما جعل ابن القيم يضع الفقه في مرتبة أعلى من الفهم أحص منه. ابن قيم، الجوزية: إعلام الموقعين، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، السعودية، ط 1، 1423هـ، ج 1، ص 167.

أبو زهرة، محمد: زهرة التفاسير، دار الفكر العربي، سوريا، د.ط، د.ت، ج 5، ص 2604.

5 -شكري، فريد: المفتي وفقه التنزيل، بحوث مؤتمر الفتوى واستشراف المستقبل، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة القصيم، السعودية، شعبان 1434هـ، ج 3، ص 488. ثبت الندوة الدولية الاجتهاد الجماعي في العالم الإسلامي، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، ديسمبر 1996، ج 1، ص 45.

-وتعرفه جميلة تلوت على أنه: "العلم بالحكم وواقعه وإيقاعه بتدرج في مرتبته التي يستحقها مراعيًا مآله مستحضرا مقاصده"¹.

وقد تضمن هذا التعريف -كسالفه- خلة التعميم بالنسبة للأحكام الشرعية المراد تنزيلها، فضلا عن احتوائه لاضطراب منهجي في رصف تراتيب وأجزاء الفعل التنزيلي، الذي يسبق فيه -كأصل عام- رعي القصد الشرعية لحظ المآلات المنجرة عن تطبيق الأحكام على الأوضاع الواقعية، وهو خلاف المثبت بهذا التعريف.

ثانيا- تعريف الاجتهاد التطبيقي:

يعرفه بشير بن مولود جحيش على أنه: "إعمال العقل من ذي ملكة راسخة متخصصة في إجراء حكم الشرع والثابت بمدركه على الوقائع الفردية والجماعية تحقيقا لمقاصد الشارع وتبصرا بمآلات التنزيل"². وهو تعريف مستجمع لمنازع وتصاريف الفعل الاجتهادي النوازي، بيد أن به قادحا يثلمه من جهة عدم إشعار لفظ الإعمال للقوة النظرية المتأتمية من العقل بكمال الفعل المستوجب في حق القائم بالنظر، والذي يضمن به الخروج من دائرة اللوم والتقصير؛ فمجرد الإعمال لا يعني -لزاما- استفراغ الوسع أو على الأقل بذل الجهد فيه، فدون ذلك مراتب متدنية عديدة وأحوال قاصرة كثيرة، تضع المجتهد على خط الإثم لتفريطه في النظر التطبيقي، وتحرمه من درجات الأجر في الإصابة أو الخطأ. كما أن هذا التعريف -كسابقه- منطوق على عدم حصر أفراد الحكم الشرعي المعنية بالتنزيل الفقهي.

ثالثا- تعريف الاجتهاد التنزيلي:

لم يحظ هذا اللقب الاصطلاحي بكثير عناية من الباحثين والعلماء المعاصرين في الفقه الإسلامي أو القانوني بسبب ندرة الكتابة التأصيلية له، ومن جملة ما حصل عليه الباحث في هذا الشأن تعريف واحد لعبد الرزاق وورقية؛ حيث يعرف فيه الاجتهاد التنزيلي بأنه: "بذل المجتهد الوسع لتنزيل حكم شرعي على واقعة معينة بصورة يفرضي فيها هذا التنزيل إلى المقصد الشرعي من الحكم المنزّل"³. وقد أقام هذا التعريف على الفعل الاجتهادي المتوخى من الناظر أدائه، وقصره على صاحب الملكة الراسخة في النظر والاستنباط، لأجل إيقاع الأحكام الشرعية على محالها الواقعية من الجزئيات الفردية، على

¹ - تلوت، جميلة: فقه التنزيل عند الامام ابن تيمية، مرجع سابق، ص 46.

² - جحيش، بشير بن مولود: فقه التنزيل مفهومه وعلاقته ببعض المصطلحات، ندوة مستجدات الفكر الإسلامي الحادي عشر، الكويت، فبراير 18-20-2013، ص 5. مقال منشور على الموقع:

تاريخ الاطلاع 2013/12/10. <http://www.feqhup.com/uploads/1413585678781.pdf>

³ - وورقية، عبد الرزاق: ضوابط الاجتهاد التنزيلي في ضوء الكليات المقاصدية، مرجع سابق، ص 30.

النحو الذي يفرضي إلى تحقيق إرادة الشارع المتغاية منه في أمثال تلك الأفعال المشخصة. بيد أنه لم يسلم - في جهده هذا - من حوار الانتقاض ومزال المعارضة التي حالت دون بلوغه التمام المرتمى للحدود؛ إذ أن الملاحظ عليه:

- استعماله الاشتقاق اللفظي للمفرد المحدود "تنزيل"، والذي ورد بالتعريف ذكره ثلاث مرات، والمعهود في مبنى التعاريف أنه لا يتسنى التوسل بالمولدات اللغوية في الحد لأنها الألفاظ المعنية بالبيان، والمفتقرة إلى الإيضاح، وهو مظنة الدور.

- اعتماده التعميم في لفظة "الحكم" فقد توقف في تقييده بقيد "الشرعي" فقط، ومعلوم لدى أهل الأصول أن الحكم الشرعي علمي وعملي؛ ولا يسمى اجتهادا عند الفقهاء من بذل وسعه في تحصيل الأحكام العلمية أو إجرائها، وإن كان يسمى كذلك في عرف أهل الكلام¹.

- إغفاله للنص على ضرورة رعي الحكم المنزل لمآلات الأفعال المستفتى فيها، أو المراد بت القضاء بشأنها، فقد يُقطع بتحقيق الحكم الشرعي العملي لمقاصده الشرعية، غير أنه يستوجب الإحجام من المجتهد تأجيلا أو توقفا أو تعديلا بسبب ما يكتنفه من مآلات تعود بالنقض لذلك المقصود، وبالهدم للنفع المظنون فيها والمعهود، فيؤدي إلى استحلاب مفسد تكبر تلك المصالح أو تساويها، فيتعين القول بالمنع بدل المشروعية، أو عكسها إذا كانت تلك الأفعال مفضية إلى استدفاع مفسد تعظم مفسد التجويز أو تدانيتها.

- تقييد الحد بلفظة "المجتهد" ضبط لحال القائم بالنظر الاجتهادي التطبيقي، وهو مفض إلى نقض التسلسل، ومعارضة الدور، كما سلف معنا في المفهوم الأصولي للاجتهاد، والأولى مجانبة قيد الحد به وإحرازه منه. وعليه فالتعريف المرتضى لمصطلح الاجتهاد التنزيلي - بحسب الباحث - هو: "بذل الوسع في إيقاع الأحكام الشرعية العملية الثابتة بمدركاتها الشرعية على الوقائع النازلة، بما يحقق مقاصدها المرعية، ويلحظ مآلاتها الإجرائية".

وفيما يلي شرح للمفاهيم الجزئية لهذا الحد، وبيان لقيوده ومحترزاته:

- "بذل الوسع" وهو قيد مخرج للبذل المقترن مع التقصير، والمفرضي إلى اللوم كونه مظنة الزلل والخطأ بسبب الاستعجال أو العجز أو الكسل عن استفراغ الطاقة في النظر، فإن معنى بذل الوسع الإحساس من النفس العجز عن مزيد الطلب كما نص عليه أهل الأصول².

1 - الشوكاني: إرشاد الفحول، مرجع سابق، ج2، ص 205.

2 - الغزالي: المستصفى، مرجع سابق، ص 342. الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه، مرجع سابق، ج 8، ص 227. ابن قدامة المقدسي: روضة الناظر، مرجع سابق، ج2، ص 334. الأصفهاني، شمس الدين: بيان المختصر شرح مختصر بن حاجب، مرجع سابق، ج 3، ص 286.

- "إيقاع الأحكام الشرعية العملية" وهو إجمالاً قيد محرز من دخول الاجتهاد النظري -الذي متعلقه استنباط الأحكام العملية من أدلتها الشرعية- في هذا المفهوم، لتمحض النظر التصوري فيه دون بحث التطبيق العملي والإجراء الفعلي للأحكام على جزئيات الواقع الفردية. وقيد "العملية" مخرجاً للأحكام الشرعية العلمية التي تختص بالأصول العقدية والإلهيات وما تعلق بعلم التصوف والسلوكيات... بينما تختص الفروع بالعمليات من الأفعال والوقائع؛ مما هو كسب الإنسان وعمله وفعله؛ كتكاليف العبادات التي ترتبط بعلاقة الإنسان بربه، وصنوف المعاملات التي تنتظم علاقات المكلفين فيما بينهم من مناكحات وعقود وحدود ومرافعات وغيرها.

- "الثابتة بمدركاتها الشرعية" يتأسس الاجتهاد التنزيلى على تصور دقيق للحكم الشرعي النظري الثابت بالاستنباط نصاً، أو إجماعاً، أو مقايضة، أو استصلاًحاً، أو استحساناً... ليقوم المجتهد بإجرائه على الأوضاع الواقعية المتشعبة، والأفعال العملية المشخصة بأحوال المكلفين، وحشيات الزمان والمكان الملابس، على نحو يحقق المطابقة لمقصده المرصود له من طرف الشارع في الحال والمآل.

- "على الوقائع النازلة" الوقائع محالّ إيقاع الأحكام الشرعية التي يقع عليها فعل الإجراء الاجتهادي للأحكام الشرعية الكلية، فيتنزل بها الناظر من عموميتها وتجريدها -بعد تبصر مفهومها وتوضيح حقيقتها- على ما يطابقها من أوضاع تكليفية وأحوال واقعية متشخصة باعتبار ما تشغله من حيز الزمان والمكان المؤثرين في المناط، ولا يتحقق ذلك إلا بالمرور على فعل التوصيف والتصنيف للفعل الواقعي والجزئية الحادثة ضمن أصلها الشرعي أو القانوني المتأتية منه، لأنه المعرف الأصيل عن الحكم الأنسب لذلك الفعل وتلك الواقعة. وينضوي ضمن لفظ "الواقعة" كل الأحداث والأعمال والأمور التي يترتب عن وقوعها أثر شرعي أو قانوني معتبر، سواء كانت طبيعية أم اختيارية، مادية أم تصرفاً إرادياً، نازلة مستجدة أم واقعة معهودة النظر... وهي -بذلك- من الكثرة التي يعجز عن جمعها العدّ أو حصرها الحدّ. ويقضي قيد "النازلة" قصر الاجتهاد التنزيلى على الوقائع الحادثة والقضايا الواقعة وما هو في حكمها من المتوقّعات، وتخرج بذلك القضايا النظرية والأحوال المتلبسة بمحض الظن والخيال لأنها لا تصلح للإجراء التطبيقي المطلوب في الاجتهاد التنزيلى.

- "بما يحقق مقاصدها المرعية": هو قيد يتغيا المجتهد التنزيلى -من خلاله إجراء الأحكام على محالها الواقعية- إلى تحقيق مصالح البريئة ودرء المفسد عنها أفراداً وجماعات، على وفق ما يليق بالعدل ويقضيه الانصاف. والناظر في تلمسه لهذه المصلحة وذلك العدل يرمى المقاصد الشرعية التي لأجلها سنّ الله تلك الأحكام في مثل تلك الوقائع، فهي قبلة المجتهد، ومحجّة مبتغاه، وعنوان إصابته للحق في تنزّل تلك

الأحكام الشرعية، ولا يتحقق ذلك إلا بتحقيق متبصر للمنطاطات، ونظر متفقد في الخصوصيات وكله اجتهاد.

- "ويلحظ مآلاتها الاجرائية" وهو قيد ضامن لسالفه؛ إذ به تتأكد لصاحب النظر التنزيلى قوة المناسبة، ومدى الملاءمة بين الأحكام الشرعية المجردة وما يليق بها من وقائع وقضايا منظورة من جهة الاقتضاء التبعية، الذي يبحث في خصوصية المفاعيل الواقعية المنتجة لآحاد الصور النازلة؛ من حيث واقع الحال اللصيق، والزمن الطارئ، والعارض الملابس، والعادة المكتنفة، والباعث الجلي، والقصود المكنونة، ومرامي النفوس المخبوءة... ليتبصر بالمآل الجمعي والأثر الكلي الواقع أو المتوقع من مطابقة الحكم العام على واقعة بعينها؛ من حيث موافقته لما تقتضيه المصالح الشرعية التي ناطها المشرع من وضع تلك الأحكام من عدمها، ووزن كل ذلك بميزان التغليب، ليتسنى له -بعدها- القول بإجراء ذلك الحكم أو تأجيله، أو تعديله أو التوقف فيه بحسب ما ينقضي عنه هذا النظر الدقيق في المقاصد المستحلبة والمفاسد المدروءة.

الفرع الثالث: ضمائم الاجتهاد التنزيلى

نتولى في هذا الفرع إبراز العلاقة التي تربط مفهوم الاجتهاد التنزيلى ببعض الضمائم الموضوعية، التي تتقاطع معه في غاية صياغة الأحكام الشرعية على نحو تطبيقي، يضمن تحقيق المقصود الشرعي منها لدى إسقاطها على الواقع الإنساني، ويعد تحقيق المناط أقرب المفاهيم الأصولية التي ترتبط بالمدلول التنزيلى لنوع هذا الاجتهاد، وقد جسد نواة التأصيل الأولى لهذا المفهوم التطبيقي في الدراسات الأصولية للفقهاء المتقدمين، وعليه فسنتنصر على بحثه فيما يلي من بنود.

أولاً- تحقيق المناط:

1- مفهوم تحقيق المناط:

لبحث النطاق المفاهيمي المتضمن باصطلاح تحقيق المناط، يتعين علينا ابتداء بسط القول في فحواه اللغوي، ثم رصد تطور المقصود الاصطلاحي الحاصل بشأنه لدى علماء الأصول.

أ- تعريف تحقيق المناط لغة:

- التحقيق في اللغة يعني: التصديق والصحة والإثبات، ومنه تحقق الأمر إذا ظنه صادقاً متيقناً، والأمر

محقق إذا بانت صحته¹. والحق صدق الحديث واليقين بعد الشك².

- أما **المناط** فهو في أصله اللغوي بمعنى اسم مكان للتعلق والإلصاق؛ من ناظ الشيء بالشيء، إذا ألصقه وعلقه به³.

ب- تعريف تحقيق المناط اصطلاحاً:

يأخذ **المناط** في الإطلاق اللغوي الأصولي معنيان:

- معنى العلة:

وهو المعنى المشتهر عند أغلب علماء الأصول، وفي ذلك يقول الغزالي: "إعلم أنه نعني بالعلة في الشرعيات مناط الحكم، أي ما أضاف الشرع الحكم إليه وناطه به، ونصه علامة عليه"⁴. ويقول صاحب التحبير في بيان المناط: "فهو ما نيط به الحكم؛ أي علق به، وهو العلة التي رتب عليها الحكم في الأصل"⁵.

وهذا الإطلاق على سبيل الاستعارة والتشبيه اللغويين، لاختصاص المناط في اللغة بالأشياء المحسوسة، بخلاف العلة التي يحصل التعليق فيها على وجه معنوي معقول لا محسوس⁶.

- مضمون القاعدة الأصلية:

والمعنى الكلي الذي يرتبط به الحكم الشرعي⁷.

بينما يدور معنى تحقيق المناط في الوضع الأصولي بين آراء ثلاث هي:

¹ - الرّازي: مختار الصحاح، مرجع سابق، ص77. الفيروز ابادي، مجد الدين: القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، لبنان ط 8، 2005م، ص874 و875. الزبيدي: تاج العروس، مرجع سابق، ج25، ص169.

² - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج10، ص52.

³ - ابن سيده، أبو الحسن: المحكم والمحيط الأعظم، مرجع سابق، ج09، ص240. الرّازي: مختار الصحاح، مرجع سابق، ص321. ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج7، ص418 الكفوي، أبو البقاء: الكليات، مرجع سابق، ص873. الزيات، أحمد وآخرون وآخرون: المعجم الوسيط، دار الدعوة، مصر د.ط، د.ت، ج2، ص963.

⁴ - الغزالي: المستصفى، مرجع سابق، ص281. وتابعه في ذلك الأمدي والأسنوي والزركشي وغيرهم. ينظر: الأمدي: الإحكام، مرجع سابق، ج3، ص281. الأسنوي: نهاية السؤل، مرجع سابق، ص335. الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه، مرجع سابق، ج7، ص146.

⁵ - المرادوي: التحبير شرح التحرير، مرجع سابق، ج7، ص3451.

⁶ - الشوكاني: إرشاد الفحول، مرجع سابق، ج2، ص141. عبد الرحيم، عثمان: آليات تحقيق المناط ووسائله ومسلك المجتهد فيه، ص08. مقال منشور على الموقع:

تاريخ الاطلاع 2013/12/10 <http://www.feqhup.com/uploads/1415384240881.pdf>

⁷ - ابن قدامة المقدسي: روضة الناظر، مرجع سابق، ج2، ص145. الطوفي: شرح مختصر الروضة، مرجع سابق، ج3، ص233. العبكري: رسالة في أصول الفقه، المكتبة المكية، السعودية، ط1، 1992م، ص82.

– الأول: ويرى فيه أصحابه أن تحقيق المناط ركن القياس الأصولي، من حيث إثبات العلية في الأجزاء المشخصة بعد تحققها في أصل الحكم¹، وهذا المعنى المشتهر عند أغلب علماء الأصول الأوائل أمثال ابن الدهان الذي عرفه بأنه: "النظر إلى معرفة العلة في آحاد الصور بعد صحتها في نفسها"². وزاد عليه الآمدي ببيان مصدر المناط المتحقق فقال: "هو النظر في معرفة وجود العلة في آحاد الصور، بعد معرفتها في نفسها، سواء كانت معروفة بنص أم إجماع أم استنباط"³، وإلى قريب منه ذهب التفتازاني⁴. وحده القرافي والأسنوي بأنه: "تحقيق العلة المتفق عليها في الفرع"⁵.

وذهب المرادوي إلى أنه "إثبات العلة في آحاد صورها"⁶.

أما الزركشي فيعرفه بقوله: "أن يتفق على علة وصف بنص أو إجماع، ويجتهد في وجودها في صورة النزاع"⁷. وهي في مجملها حدود متقاربة المعنى؛ من حيث نصها على ارتكاز التحقيق على وجود العلة في الفرع، غير أنها تفترق في أمرين اثنين هما:

1- أن بعضها يشترط الاتفاق في العلة، كما هو الحال عند القرافي والأسنوي، وفي ذلك تضيق محل يحول دون دخول الكثير من العلل المختلف فيها، والتي لم يمنع ذلك الأصوليين من بحث إثباتها في آحاد الصور⁸.

2- تقييد المناط المبتغى تحقيقه بكون العلل مستفادة من نص أو إجماع يوهم بامتناع حصول تخريجه من غير هذين المصدرين، وهو خلاف الواقع، وليس له ما يسوغ هذا الحصر، ولذلك وسعت باقي التعريفات دائرة محل إثبات المناط بصرف النظر عن مسلك تخريجه أو طريق الوصول إليه⁹.

– الثاني: وسع أصحابه معنى تحقيق المناط ليشمل، فضلا عن إثبات علل القياس، تحقيق معاني القواعد الشرعية في الفروع والجزئيات وبذا أخذ ابن قدامة المقدسي في روضته والطوفي في شرحه¹⁰.

1 - جحيش، بشير بن مولود: فقه التنزيل مفهومه وعلاقته ببعض المصطلحات، مرجع سابق، ص8.

2 - ابن الدهان: تقويم النظر في مسائل خلافية، كنية الرشد، السعودية، ط 1، 2001م، ج1، ص96.

3 - الآمدي: الأحكام، مرجع سابق، ج3، ص302.

4 - التفتازاني: شرح التلويح على التوضيح، مرجع سابق، ج2، ص154.

5 - القرافي: شرح تنقيح الفصول، مرجع سابق، ص389. الأسنوي: نهاية السؤل، مرجع سابق، ص336.

6 - المرادوي: التجميع شرح التحرير، مرجع سابق، ج7، ص3452.

7 - الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه، مرجع سابق، ج7، ص324.

8 - مثال ذلك تعيين علة تحريم الربا في مطعوم البر والشعير والتمر والملح.

9 - الكيلاني، عبد الرحمن: تحقيق المناط عند الأصوليين وأثره في اختلاف الفقهاء، مجلة الشريعة للدراسات الإسلامية، الكويت، ع58، 2004م، ص80 و81. شكري، فريد: الاجتهاد الفقهي من الاستنباط إلى التنزيل، مجلة الإحياء، المغرب، ع30-31، يوليو 2013، ص167.

10 - ابن قدامة المقدسي: روضة الناظر، مرجع سابق، ج2، ص145 و146. الطوفي: شرح مختصر الروضة، مرجع سابق، ج3، ص233.

- الثالث: جعل أصحاب هذا الاتجاه مفهوم تحقيق المناط أوسع من سابقهم، ليضم تعليق الأحكام بمعانيها الكلية. وسيان في ذلك أكانت مضامين هذه المعاني الكلية: قواعد شرعية، أو أصولاً لفظية أو معنوية عامة، أو حتى عدلاً قياسية، فالمعتبر - بحسبهم - تطبيق المعنى الكلي على خصوصيات جزئياته، وإثبات مضمونه فيها. وهو رأي ابن تيمية والشاطبي من القدامى والدريني من المحدثين¹.

فالشاطبي يعتبر إثبات المناط شاملاً لمطلق الحكم التكليفي، وفي معناه يقول: "أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي لكن يبقى النظر في تعيين محله"².

أما **الدريني** فيبدو أكثر بيانا في تعريفه له بقوله أنه: "إثبات مضمون القاعدة العامة، أو الأصل الكلي، أو العلة في الجزئيات"³.

ويظهر قدر الزيادة في مفهوم الاجتهاد والتطبيقي عند هذا الرأي من خلال إدراج عموم المعاني الكلية وإطلاقاتها اللفظية ضمن فعل التحقق الواجب أدائه في حق الفقيه، لتوقيع التناسب بين الأحكام المجردة والأفعال التي تتوافر على مناطها المعبر، وإذا علمنا أن الأفعال "لا تقع في الوجود مطلقة، وإنما تقع معينة مشخصة فلا يكون الحكم واقعا عليها، إلا بعد معرفة بأن هذا المعين يشمل ذلك المطلق أو ذلك العام، وقد يكون ذلك سهلاً وقد لا يكون وكله اجتهاد"⁴.

ويمتد هذا الفعل الاجتهادي ليشمل كذلك عموم الأصول المعنوية التي ثبت بالاستقراء اعتبار مقصديتها الشرعية من مواقع معانيها في مظانها النصية، واطراد بناء الأحكام الجزئية على وفقها في مواطن كثيرة، بحيث أضحت بمنزلة الأصل اللفظي العام من حيث قوة الاحتجاج به. فيجري ملاحظتها في خصوص النوازل التي تطرأ ما دامت مواتية في مناط الحكم، والاتفاق حاصل بشأن حجيتها⁵.

وراجح القول في هذه المسألة هو ما ارتآه أصحاب المذهب الثالث، والذي وسع النطاق المفاهيمي لتحقيق المناط ليتجسد في أبعاده الحقيقية والواقعية، والتي لا يجانفها حق ولا يجافيها عقل أو دليل، فالمعنى الحقيقي به لا مناص من أن يتضمن: "تطبيق المعنى الكلي على جزئياته، سواء كان هذا المعنى قاعدة شرعية، أم أصلاً لفظياً عاماً أم مطلقاً، أو أصلاً معنوياً عاماً، فضلاً عن كونه علة نص جزئي"⁶، وهذا ما

1 - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 5، ص 11 وما بعدها. ابن تيمية: مجموع الفتاوى، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، السعودية، د.ط، 1995م، ج 19، ص 16. ابن تيمية: منهاج السنة النبوية، جامعة الإمام محمد بن سعود، السعودية ط 1، 1986م، ج 2، ص 474. الدريني، فتحي: بحوث في الفقه المقارن، مؤسسة الرسالة، سوريا، ط 2، 2008، ج 1، ص 119.

2 - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 5، ص 12.

3 - الدريني، فتحي: بحوث في الفقه المقارن، مرجع سابق، ج 1، ص 119.

4 - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 05، ص 16.

5 - الدريني، فتحي: بحوث في الفقه المقارن، مرجع سابق، ج 1، ص 120 و 121.

6 - عبد الرحيم، عثمان: آليات تحقيق المناط ووسائله ومسلك المجتهد فيه، مرجع سابق، ص 13.

تشهد به مضامين الأمثلة التي ساقها متقدمو علماء الأصول لهذا الضرب الاجتهادي المهم، وإن لم تصرح بذلك عبائهم¹.

2- أنواع تحقيق المناط:

يقسم الفقهاء تحقيق المناط بحسب الخصوص والعموم إلى قسمين اثنين هما:²

أ- تحقيق المناط العام:

هو "المساواة بين الحكم التكليفي المجرد، والحكم التطبيقي في المآل وتحقيق المقاصد"³، أو ما يعبر عنه الشاطبي بأنه: "النظر في تعيين المناط من حيث هو لمكلف ما"⁴، فالمهم في هذا النوع الاجتهادي هو إمعان النظر، وبذل الجهد في إيقاع معنى القاعدة العامة على الجزئيات والوقائع، بغض النظر عن الظروف الملازمة لها، والحيثيات المحيطة بها، والأشخاص المسهمة في إيقاعها. وهو في هذا يتواءم وطبيعة الحكم التكليفي الذي يتسم بالعموم والتجريد أصلاً. فأما عمومته فلكونه "لا يختص بزمن معين، أو بيئة خاصة، أو شخص معين بالذات، بل يشمل المخاطبين على الإطلاق"⁵، وأما تجريده "فلوقوعه في الذهن متعلقاً من مآخذه الشرعية، دون تعلق بالوقائع الجزئية"⁶.

ويبقى بعد هذا على المجتهد واجب تحقيق المطابقة بين هذا الحكم التكليفي العام والمجرد، وبين الحكم التطبيقي الإفتائي، فإذا تحقق مناظ الأول عن الأحداث والأشخاص تحققت المساواة المبتغاة بين الحكمين على الوقائع المعروضة⁷.

وتمادج ذلك تنبو عن كل حصر؛ فإذا "نظر المجتهد في العدالة مثلاً ووجد هذا الشخص متصفاً بما على حسب ما ظهر له، أوقع عليه ما يقتضيه النص من التكاليف المنوطة بالعدول من الشهادات، والانتصاب للولايات العامة أو الخاصة... وهكذا إذا نظر في الأوامر والنواهي النديية والأمر الإباحية، ووجد المكلفين والمخاطبين على الجملة أوقع عليهم أحكام تلك النصوص كما يوقع عليهم نصوص الواجبات والمحرمات

1- عبد الرحيم، عثمان: آليات تحقيق المناط ووسائله ومسلك المجتهد فيه، مرجع نفسه، ص14.

2- أول من نبه إلى هذا التقسيم الامام الشاطبي رحمه الله في موافقاته. ينظر الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج5، ص29.

3- بنصيرة، سالم: فقه التنزيل، مجلة منار الإسلام، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف، الإمارات، ع 443، 2011م ص76.

4- الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج5، ص23.

5- الدريني، فتحي: بحوث في الفقه المقارن، مرجع سابق، ج1، ص127.

6- جحيش، بشير بن مولود: فقه التنزيل مفهومه وعلاقته ببعض المصطلحات، مرجع سابق، ص13.

7- الدريني، فتحي: بحوث في الفقه المقارن، مرجع سابق، ج1، ص127.

من غير التفات إلى شيء غير القبول المشروط بالتهيئة الظاهرة، فالمكلفون كلهم في أحكام تلك النصوص على سواء في هذا النظر¹.

ب- تحقيق المناط الخاص:

يتجه هذا النوع من الاجتهاد إلى تحقيق أفراد النوع الذي ثبت كونه علة ومناط الحكم العام المطلق، فيخصص هذا العموم، ويقيد ذلك الإطلاق، بحسب ما يليق "بكل مكلف بالنسبة إلى ما وقع عليه من الدلائل التكليفية، بحيث يتعرف منه مداخل الشيطان، ومداخل الهوى، والحظوظ العاجلة، حتى يلقيها هذا المجتهد على ذلك المكلف مقيدة بقيود التحرز من تلك المداخل"².

ومنشأ هذا التخصص والتقيد هو تعذر تحقيق المساواة بين الحكم العام والحكم التطبيقي ببعض الأفراد والجزئيات المتعلقة بالواقع الملابس، وتأثيرات المستجد الطارئ، فيقع تأخير الأصل العام بشأن هؤلاء الأشخاص، وتلك الجزئيات لتحصيل العدل والمصلحة³. إذ "ليس من المعقول ولا المشروع استصحاب حكم واقعة حصلت على وقائع أخرى مفارقة لها في ملاساتها، وإن تشابحت أو تماثلت في صورتها وشكلها، لكون تلك الظروف ذات أثر بالغ في تكييف الحكم الشرعي المراد إحكام الواقع به"⁴.

ومن ذلك ما نص عليه الفقهاء بشأن حكم الزواج فالإجماع معقود على مشروعيته واستحبابه بالكتاب والسنة، غير أن المقرر في الفقه اختلاف هذا الحكم بحسب أحوال وظروف وطبيعة المكلف⁵.

فإذا كان ممن يخشى عليه العنت، وتوافرت له القدرة على القيام بمؤن وكُلف الزواج تعين في حقه النكاح لأنه طريق الإعفاف والصون عن الحرام، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

أما إن كان ممن لا تؤق له إلى النسل، وخشي العجز عن القيام ببعض ما يجب عليه فيه، فالزواج بالنسبة إليه مكروه، أما إن كان ممن لا إرية له في الزواج، وتيقن العجز عن إحصان زوجه لفتور رغبة، أو عجز مرض، فالنكاح في حقه محرم، دفعا للمضرة عن حبس المرأة عن التحصين من غيره. وهذا التحقيق من الدقة والصعوبة بحيث لا يتأتى إلا لمن "رزق نورا يعرف به النفوس ومراميتها، وتفاوت إدراكها، وقوة تحملها للتكاليف، وصبرها على حمل أعبائها أو ضعفها، ويعرف التفاتها إلى الحظوظ العاجلة، أو عدم

1- الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج5، ص23.

2- الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع نفسه، ج5، ص24 و25.

3- بنصيرة، سالم: فقه التنزيل، مرجع سابق، ص76،

4- جحيش، بشير بن مولود: فقه التنزيل مفهومه وعلاقته ببعض المصطلحات، مرجع سابق، ص14.

5- ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر لبنان، ط2، 1992م، ج3، ص6. القرافي، أبو العباس: الذخيرة، دار الغرب

الإسلامي، لبنان، ط1، 1994، ج4، ص188 و189. الحسيني، بن معلى: كفاية الاختيار في حل غاية الاختصار، دار الخير، سوريا، ط1،

1994م، ص346. ابن قدامة المقدسي، المغني، مكتبة القاهرة، مصر، د.ط، 1968م، ج7، ص4.

التفاتها. فهو يحمل على كل نفس من أحكام النصوص ما يليق بها بناء على أن ذلك هو المقصود الشرعي في تلقي التكليف"¹.

3- علاقة تحقيق المناط بالاجتهاد التنزيلى:

إذا كان مدار الاجتهاد التنزيلى على إسقاط الأحكام الشرعية على الوقائع الحادثة والأوضاع الفعلية للمكلفين، فإن تحقيق المناط هو أحد أهم سبل تجسيد ذلك الإسقاط الحكمي، وأبرز خطواته المنهجية، بل هو أصل كلي في عقد ذلك المنهج².

إذ أن التنزيل والتطبيق الحق ليس إلا عنوان التطابق التام والكامل للحكم الشرعي مع تفاصيل الواقع الحي الذي يتحقق فيه بالحكم مقصود الشرع ومراده. ولما كانت السمة الغالبة على الأحكام الشرعية هي التجريد والعموم فإن ذلك مانع لها من الإيقاع الآلي المباشر على ما يواتيها من وقائع وأحداث بسبب اتسام المستفتى فيه من ذلك بالتجزئة والتشخيص، وليس يصلح للربط بين التصورات الذهنية لأحكام كلية عامة وبين جزئيات واقع خاص ومشخص إلا بألة تحقيق المناط، التي تعتبر الميزان الأصولي الذي يتأكد به المجتهد من سلامة التوقيع ونجاح الإسقاط من خلال المطابقة بين الحكم الشرعي وعلته التي تضمن - بدورها- تحقيق المصلحة والخير المراد للشارع من ذلك الحكم الكلي العام في واقعة بعينها وفق مكتنفاتها اللصيقة وملابساتها المحيطة، وهو موضع نظر دقيق تزل فيه الأفهام وتتعرثر فيه الأقدام إذا لم يراع فيه الناظر هذا الصراط المنهجي في وزن الأفعال والوقائع والأحلال التابعة التي تجعل من كل نازلة نازلة مستأنفة في نفسها، وإن سبق للمجتهد فيها نظر، بسبب خصوصيتها بتجدد صور المؤثرات الواقعية الملازمة لها كما أبان ذلك الشاطبي³.

المطلب الثاني: التطور التاريخي للاجتهاد التنزيلى

مر الاجتهاد التنزيلى - عبر التاريخ - بأدوار متفاوتة، عرف فيها درجات من الرقي حيناً، وفترات من الهبوط والانحدار أحياناً أخرى. وتولى هنا بسط البحث في المسار التاريخي الذي مر به هذا النوع من الاجتهاد، مع تتبع أهم العوامل الفاعلة لهذا الهبوط أو ذاك الارتقاء، وفق الفروع التالية:

الفرع الأول: الاجتهاد التنزيلى في العهد النبوي

ارتبط الاجتهاد التنزيلى في العهد النبوي بشخص رسول الله ﷺ، كونه الإمام الأعظم، والمفتي الأعلم،

1 - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج5، ص25.

2 - شكري، فريد: المفتي وفقه التنزيل، مرجع سابق، ج3، ص488.

3 - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج5، ص14.

والقاضي الأحكم، المفوض له من الله وَعَبَّكَ بتولي المناصب الدينية العلية واستئثار مقامات الحكم السياسية السنّة¹، والتي يأتي على رأسها مهمة تطبيق الشريعة، وتنزيل أحكامها على واقع الناس وقتئذ، وهي أبلغ غايات الشرع وأشرف قصوده.

بيد أن تصرفات النبي صَلَّى في أدائه لهذه المقامات ليست على وزان واحد من حيث التحقيق المناسب للمناط، وهذا ما يضطرنا إلى التمييز في النظر بينها بحسب افتراق هذه الأفعال، وتمايز المقامات النبوية المنضوية فيها؛ فتصرفه صَلَّى بوصف القضاء، غير أثر حكمه في منصب الإفتاء؛ من حيث أن المفتي كالمترجم عن الله فيما يعنى له من أدلة يتبعها، أما القاضي فهو أشبه بالنائب الذي ينشئ الإلزام والإطلاق بحسب ما يقع من الأسباب والحجاج²، وعليه فإن الرصد التاريخي لمظاهر وصور الاجتهاد التنزيلي في عهد الرسول صَلَّى تتطلب منا تقسيمها بحسب هذين الأصلين إلى:

أولاً-التنزيل النبوي بوصف الإفتاء:

لما كان الإفتاء هو "الإخبار بحكم شرعي عن دليل لمن سأل عنه من غير إلزام"³، فقد كان الرسول صَلَّى أول وأشرف من قام بهذا المنصب باعتباره سيد المرسلين، وإمام المتقين، وخاتم النبيين المكلف بتبليغ الشريعة، لقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الرُّسُولُ بَلِّغْ مَا أُنزِلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ وَإِنْ لَمْ تَفْعَلْ فَمَا بَلَغْتَ رِسَالَتَهُ وَاللَّهُ يَعْصِمُكَ مِنَ النَّاسِ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْكَافِرِينَ﴾⁴، وقد كان المسلمون في عصر النبوة تجرد لهم من الوقائع وتحديث لهم من النوازل ما يجعلهم يهرعون إلى النبي صَلَّى التماس حكمها وطلب الهداية فيها فينزل الوحي بما يشفي ويكفي في حكمها⁵. ومن ذلك استفتاءهم عن الرجل تكون عنده اليتيمة فيلقي عليها ثوبه، فإن فعل ذلك بما لم يقدر أحد أن يتزوجها أبداً، فإن كانت جميلة وهويها تزوجها وأكل مالها، وإن كانت ذميمة منعها الرجال أبداً حتى تموت، فإذا ماتت ورثها فينزل جوابها بالوحي ناهياً ومحرمها لقوله تعالى: ﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتْلَى النِّسَاءِ الَّتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ﴾⁶.

1- القرافي: الفروق، مرجع سابق، ج 1، ص 205 و206.

2- القرافي: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، مكتب المطبوعات الإسلامية، سوريا، ط2، 1995، ج 1، ص 97.

3- يسري، محمد إبراهيم: الفتوى وأهميتها وضوابطها، طبع جائزة نايف بن عبد العزيز آل سعود، المدينة، ط 1، 2007م، ص 30.

4- [سورة المائدة: الآية 67]

5- يسري، محمد إبراهيم: الفتوى وأهميتها وضوابطها، مرجع سابق، ص708. وورقية، عبد الرزاق: ضوابط الاجتهاد التنزيلي في ضوء الكليات المقاصدية، مرجع سابق، ص 60.

6- [سورة النساء: الآية 127]

ونحوه سُؤْل جابر بن عبد الله في ميراث الكلالة، الذي أنزل فيه الله قرآنا ضافيا شافيا: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنْ أَمْرُؤُا هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتُ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ فَإِنْ كَانَتَا أَثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾¹.

وقد تستدعي شدة النازلة تدخلا مباشرا من الوحي، كما في حادثة ظهار أوس بن صامت من خولة بنت ثعلبة، فلم يبرح الوحي أن نزل بما يسري عن التي اشتكت زوجها إلى رسول الله ﷺ، فسمع الله قولها من فوق سبع سموات، وأنزل في شأنها ما يجيب عن استفتائها بقوله تعالى: ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَدِّلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا إِنْ اللَّهُ سَمِيعٌ بَصِيرٌ﴾ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِمَّن نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهُتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدَتْهُنَّ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُورٌ غَفُورٌ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا ذَلِكَمْ تُوَعِّظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ².

وغالبا ما كان النبي ﷺ يستقل بالجواب مما يعرض له من قضايا ومسائل، لم ينزل فيها القرآن يتلى³، فيجيب عن أسئلة المستفتين، وينير دجى حيرة المتطلعين، من خلال إعماله دلالة الاجتهاد التي مكنه الله من ناصية أصولها، وأيده فيها بعصمة الوحي. وقد قام بها سيد المفتين خير قيام⁴. فكانت فتاويه جوامع الأحكام، ومشملة على فصل الخطاب، وهي في وجوب إتباعها وتحكيمها والتحاكم إليها ثانية الكتاب، وليس لأحد من المسلمين العدول عنها ما وجد إليها سبيلا. وقد أمر الله عباده بالرد إليها؛ حيث يقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾⁶⁵. ومن ذلك أن هند بنت عتبة استفتت في شح زوجها أبي سفيان وعدم إعطائه ما يكفيها⁷، فقال ﷺ "خذي ما يكفيك

1 - [سورة النساء: الآية 176]

2 - [سورة المجادلة: الآية 1-3]

3 - يسري، محمد إبراهيم: الفتوى وأهميتها وضوابطها، مرجع سابق، ص 708. ميمني، وجنات: الرسول بين التبليغ والفتيا والقضاء. حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية. س 7، ع 20، ص 836.

4 - رياض، محمد: أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، مطبعة النجاح، المغرب، ط 1، 1996، ص 20 وما بعدها.

5 [سورة النساء: الآية 59]

6 - ابن القيم، الجوزية: إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج 1 ص 09.

7 - اختلف العلماء بشأن تكييف واقعة هند إن كانت فتيا أم قضاء، والذي رجحه المحققون أمها فتيا؛ إذ لم يدع ﷺ أبها سفيان، ولم يسأله عن جواب الدعوى، ولا سأل هند البينة. ينظر: ابن القيم، الجوزية: زاد المعاد، دار الريان للتراث، مصر ط 2، 1987م، ج 3، ص 429.

وولدك بالمعروف»¹.

وجدير بالإشارة أن الإفتاء في العهد النبوي كان قد طبع بميزة الواقعية، إذ كان اهتمام الوحي منصبا على حل المشكلات الطارئة، والإجابة على جزئيات الأفعال والنوازل الحادثة، مما يتصل بصميم واقع الحياة في ذلك الزمن. وقد كانت أغلب أسئلة الصحابة رضي الله عنهم من ذلك القبيل، إذ لم تتعلق "بأخيلة وافتراضات وأغلوطات يدفع إليها حب التسلية وترجية الفراغ، أو التعالم الأجوف، أو التعنت وتعجيز الغير، أو نحو ذلك من البواعث الرخيصة، التي لا وزن لها في دين ولا أخلاق"².

ويشهد لهذه الحقيقة تنزل الوحي منجما على حسب الوقائع والقضايا التي كانت تقع للمسلمين، وهو ما جعل التشريع "أوقع في النفوس، حتى صارت تنزل بحسب الوقائع، وكانت أقرب إلى التأنيس حين كانت تنزل حكما حكما، وجزئية جزئية، لأنها إذا أنزلت كذلك لم ينزل حكم إلا والذي قبله قد صار عادة، واستأنست به نفس المكلف الصائم عن التكليف، وعن العلم به رأسا، فإذا نزل الثاني كانت النفس أقرب للانقياد له، ثم كذلك من الثالث، والرابع"³.

ثانيا-التنزيل النبوي بوصف القضاء:

يمثل القضاء النبوي أحد أوضح صور تطبيق الشرع الإسلامي في ذلك العصر من خلال الفصل بين الخصومات والمنازعات التي يكون منشؤها المشاقة على الأنفس والأموال والأعراض والدماء. ولا يكون هذا التنفيذ إلا بفصل وقضاء وإبرام وإمضاء بين المتخاصمين بحسب ما يظهر من الدليل الراجح والسبب الواقع على نحو يحول دون التهالك وتفويت الحقوق⁴.

وقد تولى رسول الله ﷺ ممارسة السلطة القضائية مع مطلع قدومه للمدينة تحقيقا لأمر ربه "وَأَنْ أَحْكُمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ"⁵، ولم تكن الدعاوي التي ينظرها مقتصرة على المسلمين، بل كانت تشمل غيرهم من أصحاب الملل، كما شهدت بذلك وثيقة الحلف الذي عقده بين المهاجرين وآل المدينة؛ إذ جاء فيها: "وإن ما كان بين أهل هذه الصحيفة من حدث، أو اشتجار يخاف فساده فإن مرده إلى الله عز وجل، وإلى

1 - البخاري، الجامع الصحيح، ت. محمد زهير بن ناصر، دار طوق النجاة، السعودية، ط 1، 1422 هـ، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه، ج 7، ص 65.

2 - القرضاوي: الفتوى بين الانضباط والتسيب، دار الصحوة، مصر، ط 1، 1988م، ص 49.

3 - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ح 02، ص 149.

4 - ابن الشاط: إدرار الشروق على أنواع الفروق بحاشية كتاب الفروق، عالم الكتب، لبنان، د.ط، د.ت، ج 1، ص 205. ورقية، عبد الرزاق:

ضوابط الاجتهاد التنزيلى في ضوء الكليات المقاصدية، مرجع سابق، ص 61 و 62.

5 |سورة المائدة: الآية 49|

محمد رسول الله ﷺ¹.

ولم يكن للمسلمين - زمنها - قاض سواه، إذ كانت الدولة الإسلامية لا تزال على بساطة من عيشها، وضيق في رزقها، ولذلك فقد تحققت الكفاية بالوحي في مرجعية الأفضية النبوية، والأحكام التي كانت تنفصدها عنها. غير أن ذلك لم يمنع حصول الاجتهاد منه ﷺ فيما يستجد من قضايا، ويحدث من نوازل غير منصوطة، من خلال إعمال الرأي بالمقايسة وغيرها من الأدلة، وقد نبه ﷺ إلى أن قضاءه مؤسس على ما يتأتى للمتخصصين من الحجج والبيانات، باعتباره حاكما وأنه غير معصوم في ذلك²، إذ لا يحل قضاء الحاكم حراما، ولا يحرم حلالا. وقد جاء في الحديث الذي روته أم سلمة رضي الله عنها أنه قال: "إنما أنا بشر، وإنه يأتيني الخصم، فلعن بعضكم أن يكون أبلغ من بعض فأحسب أنه صدق، فاقضي له بذلك، فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هي قطعة من النار، فليأخذها أو يتركها"³.

وكان الرسول ﷺ يتعاهد أصحابه بالدربة على القضاء، والترغيب فيه، والإرشاد إلى أحكامه ومسالكة، فقد قال لعلي بن أبي طالب رضي الله عنه مرشدا: «إذا تقاضى إليك، رجلا فلا تقضي للأول، حتى تسمع كلام الآخر، فسوف تدري كيف تقضي»، قال علي: «فما زلت قاضيا بعد»⁴. وقال عليه السلام مرغبا: «لا جهد إلا في اثنتين: رجل أتاه الله مالا فسلطه على هلكته في الحق، ورجل أتاه الله الحكمة، فهو يقضي بها ويعلمها»⁵.

وقد ثبت أنه عليه السلام أمر عمرو بن العاص رضي الله عنه أن يقضي بين رجلين تخاصما بين يديه، فقال عمرو: أقضي بينهما، وأنت حاضر يا رسول الله؟ قال: «نعم، إنك إن أصبت فلك عشر أجور، وإن اجتهدت فأخطأت فلك أجر»⁶ - ولما أراد النبي ﷺ بعثة علي رضي الله عنه إلى اليمن، قال له: «علمهم الشرائع، واقض بينهم» فقال علي: «لا علم لي بالقضاء»، فدفع في صدره وقال: «اللهم اهده للقضاء»⁷.

1 - ابن هشام: السيرة النبوية، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر ط 2، 1955م، ج 1، ص 504. ابن كثير: السيرة النبوية، دار المعرفة للطباعة والنشر، لبنان، د. ط، 1992م، ج 2، ص 322.

2 - الخالدة، خالد حسين: الاجتهاد الجماعي في الفقه الإسلامي، مركز جمعة الماجد، الإمارات، ط 1، 2009، ص 125 و 126.

3 - البخاري، الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب الأحكام، باب من قضى له بحق أخيه فلا يأخذه، ج 9، ص 72.

4 - أحمد: مسند أحمد، مرجع سابق، مسند علي بن أبي طالب، ج 2، ص 387. البيهقي: السنن الكبرى، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 3، 2003م، كتاب آداب القاضي، باب ما يقول القاضي إذا جلس الخصمان بين يديه، ج 10، ص 232. الترمذي: سنن الترمذي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط 2، 1975م، كتاب أبواب الأحكام، باب ما جاء في القاضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسمع كلامهما، ج 3، ص 610. وقال هذا حديث حسن،

5 - البخاري، الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب العلم، باب الاستنباط في العلم والحكمة، ج 1، ص 25.

6 - الحاكم: المستدرک علی الصحیحین، مرجع سابق، كتاب الأحكام، ج 4، ص 99. وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه بهذه السياقة.

7 - الحاكم: المستدرک علی الصحیحین، مرجع سابق، كتاب الأحكام، ج 4، ص 99، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه.

ثم لم يلبث ﷺ - على توسع أطراف الدولة الإسلامية - أن ابتعث القضاة إلى أقاصي مناحيها، لتطبيق شريعة الله فيها، وفض خصومات أهلها¹، فهذا معاذ خيلته يخبره ﷺ في مرجعية القضاء عنده، لما أراد إرساله إلى اليمن، فيقول له: «كيف تقضي إن عرض لك قضاء؟»، قال: «أقضي بكتاب الله» قال: «فإن لم يكن في كتاب الله؟»، قال: «فبسنة رسول الله»، قال: «فإن لم يكن في سنة رسول الله؟»، قال: «أجتهد رأيي، ولا آلو»، قال فضرب صدره فقال: «الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله ﷺ لما يرضي رسوله»².

ومن صور الأفضية النبوية في المسائل الأسرية:

- ما رواه أبو داود في سننه من حديث عائشة ؓ أن حبيبة بنت سهل ؓ كانت عند ثابت بن قيس بن شماس خيلته، فضرها فكسر بعضها، فأنت النبي ﷺ بعد الصبح، فدعا النبي ﷺ ثابتا، فقال: «خذ بعض مالها وفارقها. فقال: ويصلح ذلك يا رسول الله؟ قال: نعم، قال: فإني أصدقتها حديثين وهما بيدها، فقال ﷺ: خذها وفارقها، ففعل»³.

- ما رواه ابن عباس خيلته أن عبيد يزيد طلق أم ركانة، ونكح امرأة من مزينة، فجاءت النبي ﷺ فقالت: «ما يغني عني، إلا كما تغني هذه الشعرة - لشعرة أخذتها من رأسها - ففرق بيني وبينه، فأخذت النبي ﷺ حمية، فدعا بركانة وإخوته، ثم قال لجلسائه: أترون فلانا شبه منه كذا وكذا من عبد يزيد، وفلانا منه كذا وكذا، قالوا: نعم، فقال النبي ﷺ لعبد يزيد: «طلقها»، ففعل قالوا: «راجع امرأتك أم ركانة» فقال: «إني طلقته ثلاثا يا رسول الله»، قال: «قد علمت، راجعها»⁴، وتلا قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ﴾⁵.

- عن عائشة ؓ قالت: كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص خيلته أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه، قالت: فلما كان عام الفتح أخذ سعد بن أبي وقاص، وقال: ابن أخي، قد عهد إلي فيه، فقام عبد ابن زمعة خيلته فقال: أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فتساوقا إلى النبي ﷺ فقال سعد: يا رسول الله ابن أخي، قد عهد إلي فيه، فقال عبد بن زمعة: أخي، وابن وليدة أبي ولد على

1 - عثمان، رأفت: النظام القضائي في الفقه الإسلامي، دار الكتب المعرفة، مصر ط7، 2005، ص 43.

2 - أحمد: مسند أحمد، مرجع سابق، حديث معاذ بن جبل، ج36، ص 416. أبو داود: سنن أبي داود، مرجع سابق، أول كتاب الافضية، باب اجتهاد الرأي في القضاء، ج5، ص 444.

3 - أبو داود: سنن أبي داود، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب في الخلع، ج3، ص 545.

4 - أبو داود: سنن أبي داود، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث، ج3، ص 518. الحاكم: المستدرک علی الصحیحین، مرجع سابق، كتاب التفسير، باب تفسير الطلاق، ج 2، ص 533، وقال: الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

5 [سورة الطلاق: الآية 01]

فراشه، فقال رسول الله ﷺ: «هو لك يا عبد بن زمعة» ثم قال النبي ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»، ثم قال لسودة بنت زمعة: «احتجني منه»، لما رأى شبهه بعتبة، فما رآها حتى لقي الله¹.
- روي أصحاب السنن من حديث أبي الحسن - مولى بن نافع - أنه: «استفتى ابن عباس رضي الله عنه في مملوك، كانت تحته مملوكة، فطلقها تطليقتين، ثم عتقا بعد ذلك، هل يصلح له أن يخاطبها؟ قال: نعم، قضى بذلك رسول الله ﷺ»².

- عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: «قضى رسول الله ﷺ - في جنين امرأة من بني لحيان سقط ميتا بغرة عبد أو أمة، ثم إن المرأة التي قضى لها بالغرة توفيت، فقضى رسول الله ﷺ بأن ميراثها لبنيتها وزوجها، وأن العقل على عصبتها»³.

الفرع الثاني: الاجتهاد التنزيلي في عهد الخلفاء الراشدين

تحمل الصحابة رضي الله عنهم عبء الرسالة بعد موت سيد البشر ﷺ، وانقطاع الوحي من السماء. وأثر الإعداد النبوي الذي انتهجه رسول الله في خطتي الإفتاء والقضاء مع أصحابه الكرام، فرغم الأفواج المتلاطمة للمسائل، والقضايا، والحوادث، التي عنت للصحابة في هذا العصر، بسبب الفتوحات، واختلاف أعراف وعوائد البلاد المفتوحة، إلا أنهم قاموا بواجب تطبيق الشريعة خير قيام؛ فكانوا - بحق - سادة المفتين، وأرباب الاجتهاد العادلين، وقد بلغ الذين تأخذ عنهم الفتوى المائة ونيف وثلاثون نفساً؛ ما بين رجل وامرأة، وكانوا بين مكثر ومقل ومتوسط⁴.

ونشط القضاء في عهد الخلافة، واستقل عن باقي سلط الولاية العامة؛ فكان الخليفة يعين القضاة للأمصار، بجانب ما يعين من الولاة⁵. ثم تعزز هذا الفصل باستحداث دار القضاء التي تنظر فيها الأفضية

1- البخاري، الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب البيوع، باب تفسير المشبهات، ج3، ص54.

2 - أحمد: مسند أحمد، مرجع سابق، عبد الله بن عباس: ج2، ص493. أبو داود: سنن أبي داود، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب في سنة طلاق العبد. ج3، ص511. الدار قطني: سنن الدار قطني، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط1، 2004م، كتاب النكاح، باب المهر، ج4، ص480. الحاكم: المستدرک علی الصحیحین، مرجع سابق، كتاب الطلاق، ج2، ص223.

3 - البخاري، الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب الفرائض، باب ميراث المرأة والزوج مع الولد وغيره، ج8، ص152.

4- عدّ العلماء من مكثري الفتوى سبعة صحابة هم: عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وعلي بن أبي طالب رضي الله عنه، وعبد الله بن مسعود رضي الله عنه، وعائشة أم المؤمنين رضي الله عنها، وزيد بن ثابت رضي الله عنه، وعبد الله بن عباس رضي الله عنه، وابن عمر رضي الله عنهما، وأما المتوسطون فهم - بحسب ابن حزم - فهم: أبو بكر رضي الله عنه وأم سلمة رضي الله عنهما، وإنس بن مالك رضي الله عنه، وأبو سعيد الخدري رضي الله عنه، وأبو هريرة رضي الله عنه، وعثمان بن عفان رضي الله عنه، وعبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه، وعبد الله بن الزبير رضي الله عنه، وأبو موسى الأشعري رضي الله عنه، وسعد بن أبي وقاص رضي الله عنه، وسلمان الفارسي رضي الله عنه، وجابر بن عبد الله رضي الله عنه، ومعاذ بن جبل رضي الله عنه، ينظر: ابن حزم: الأحكام في أصول الأحكام، دار الآفاق الجديدة، لبنان، د.ط، د.ت، ج4، ص176. ابن القيم: إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج1، ص9 و10.

4- الخالد، خالد حسين: الاجتهاد الجماعي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص137.

5 - عثمان، رأفت: النظام القضائي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص43.

وترفع الدعاوي¹. وقد اصطبغ النظر القضائي في تنزيل الأحكام الشرعية على الوقائع غير المنصوصة في هذا العصر بالسمة الجماعية²، وهو النهج الذي استنته أبو بكر رضي الله عنه وعلى خطاه سار بقية الخلفاء؛ فقد روي ميمون بن مهران أنه كان أبو بكر الصديق رضي الله عنه إذا ورد عليه حكم نظر في كتاب الله فإن وجد فيه ما يقضي به قضى به، وإن لم يجد في كتاب الله نظر في سنة رسول الله ﷺ، فإن وجد فيها ما يقضي به قضى به، فإن أعياه ذلك سأل الناس: "هل علمتم أن رسول الله قضى فيه بقضاء؟" فرما قام إليه القوم فيقولون: "قضى فيه بكذا وكذا"، فإن لم يجد سنة سنها النبي ﷺ، جمع رؤوس الناس، فاستشارهم، فإذا اجتمع رأيهم على شيء قضى به، وكان عمر رضي الله عنه يفعل ذلك، فإذا أعياه أن يجد في الكتاب والسنة، سأل: "هل كان أبو بكر قضى فيه بقضاء؟" فإن كان لأبي بكر رضي الله عنه قضاء قضى به، وإلا جمع علماء الناس واستشارهم، فإذا اجتمع رأيهم على شيء قضى به³.

وفي كتاب عمر رضي الله عنه لشريح القاضي: "إذا أتاك أمر فاقض فيه بما في كتاب الله، فإن أتاك ما ليس في كتاب الله فاقض بما سن رسول الله ﷺ فإن أتاك ما ليس في كتاب الله ولم يسن فيه رسول الله ﷺ فاقض بما أجمع عليه الناس...⁴" فكان شريح يشار مسروقاً لعلمه في الفتيا⁵. ونقل وكيع برواية عبد الرحمن ابن سعيد قال: "رأيت عثمان بن عفان رضي الله عنه في المسجد إذ جاءه الخصمان قال لهذا: اذهب فادع علياً رضي الله عنه، ولآخر فادع طلحة بن عبيد الله رضي الله عنه، والزيبر وعبد الرحمان رضي الله عنه، وجاءوا فجلسوا فقال لهما: "تكلما"، ثم يقبل عليهم فيقول أشيروا علي، فإن قالوا ما يوافق رأيه أمضاه عليهما، وإلا نظر فيقومون مسلمين...⁶".

ومن نماذج الاجتهاد التنزيلى التي رد فيها الخلفاء جزئيات الوقائع إلى الأصول، وفق ما يوافقها من مناطات ما يلي:

- منع عمر بن الخطاب رضي الله عنه لحذيفة بن اليمان رضي الله عنه من زواج الكتابية رغم الجواز العام المثبت بقوله تعالى ﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الْطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حَلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ

1 - أبو طالب، حامد: التنظيم القضائي الإسلامي، مطبعة السعادة، مصر، ط1. 1982، ص 33.

2 - الخالد، خالد حسين: الاجتهاد الجماعي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 137.

3 - البيهقي: السنن الكبرى، مرجع سابق، كتاب آداب القاضي، باب ما يقضي به القاضي ويفي به المفتي، ج 10، ص 196.

4 - وكيع، أبو بكر: أخبار القضاة، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ط 1، 1947م، ج 2، ص 190. القاسمي، ظافر: نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، دار النفائس، لبنان، ط 9، 1997، ج 2، ص 329.

5 - ابن عساكر: تاريخ دمشق، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، د. ط، 1995م، ج 57، ص 412.

6 - وكيع، أبو بكر: أخبار القضاة، مرجع سابق، ج 1، ص 110.

عَبَّرَ مُسْلِمِينَ وَلَا تُتَّخَذِ أَحْدَانٌ¹، مراعات منه رحمته لعاقبة الأمر ومآله، وحسما لضرر الوقوع في زواج المومسات، وتتابع المسلمين في زواج الكتابيات، وترك المسلمات، وما في ذلك من فتنة. وقد روى البيهقي في سننه «أن حذيفة بن اليمان تزوج يهودية، فكتب إليه عمر رحمته أن يفارقها، فكتب إليه حذيفة: "أحرام هي؟"، قال: لا، ولكن أخاف أن تعاطوا المومسات منهن»، وفي رواية «إني أخشى أن تدعو المسلمات، وتنكحوا المومسات»².

- روى سليمان ابن يسار أن طليحة الأسدية كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها، فنكحت في عدتها، وضربها عمر بن الخطاب رحمته وضرب زوجها بالمخفقة ضربات، وفرق بينهما، ثم قال عمر بن الخطاب: «أي امرأة نكحت في عدتها، فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول، ثم كان الآخر خاطبا من الخطاب، وإن كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول ثم اعتدت من الآخر، ثم لا يجتمعان أبدا»³. ومناط سياسة عمر بتأييد الحرمة زجر الناس، وتأديبهم عن غشيان حدود الله في الأعراض المحرمة. رغم أن الأصل العام لا يوجب هذه الحرمة كما يرى علي رحمته⁴.

- صح عن ابن عباس رحمته أنه قال: «كان الطلاق في عهد رسول ﷺ وأبي بكر رحمته وسنتين من خلافة عمر رحمته طلاق الثلاث واحد، فقال عمر بن الخطاب: "إن الناس قد استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيناه عليهم، فأمضاه عليهم»⁵. ومناط هذا الرأي ردع الناس عن التمادي في الطلاق البدعي المحرم.

الفرع الثالث: الاجتهاد التنزيلي في عهد التابعين

يتوافق عصر هذه الحقبة مع العهد الأموي، الذي ابتداء من تولي معاوية بن أبي سفيان رحمته الخلافة سنة 41هـ - 661م، إلى سقوط الدولة الأموية بانحزام آخر خلفائها مروان بن محمد سنة 132هـ - 750م⁶. وقد سار المنهج الاجتهادي في هذه الفترة على سير الخلفاء الراشدين؛ إذ حافظ على ذات

¹ [سورة المائدة: الآية 05]

² - البيهقي: السنن الكبرى، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب ما جاء في تحريم حرائر أهل الشرك دون أهل الكتاب، ج7، ص 280.

³ - ابن أنس، مالك: الموطأ، مؤسسة الرسالة، لبنان، د.ط، 1412هـ، كتاب النكاح، جامع ما لا يجوز من النكاح، ج 3، ص 768.

⁴ - ابن كثير: مسند الفاروق، دار الوفاء، مصر، ط 1، 1991م، كتاب النكاح، ج 1، ص 436.

⁵ - مسلم: صحيح مسلم، ت. محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د.ط، د.ت، كتاب الطلاق، باب طلاق الثلاث، ج 2، ص 1099.

⁶ - ابن الأثير: الكامل في التاريخ، دار الكتاب العربي، لبنان ط 1، 1997م، ج3، ص 05 و ج05، ص13.

الأصول والقواعد والضوابط التي ورثها الصحابة رضي الله عنهم عن قدوة المجتهدين رضي الله عنهم في تسلسل متسق الطبقات، محكم الحلقات، ينفي عنه شبهة الانقطاع، أو النشأة المفاجئة، أو الطفرة العشوائية¹.

فقد تتلمذ على يد الصحابة رضي الله عنهم - بعد تفرقهم في الأمصار - صفوة من التابعين الذين نهضوا بواجب حمل الفقه، ونشر العلم، وإنفاذ الشرع، فانحصرت جملة الصناعة الاجتهادية في أتباع أربعة من الأصحاب؛ " فأما أهل المدينة فعلمهم عن أصحاب زيد بن ثابت رضي الله عنه وعبد الله بن عمر رضي الله عنهما، وأما أهل مكة فعلمهم عن أصحاب عبد الله بن عباس رضي الله عنه، وأما أهل العراق فعلمهم عن أصحاب عبد الله بن مسعود رضي الله عنه"².

وعلى هذا الدأب اتسعت دائرة الفقه، مع تزايد الوقائع والحوادث، وامتد الخلاف بشأنها، سيما مع نزع الاجتهاد إلى السمة الفردية، وتعذر الرعاية الرسمية للاجتهاد الجماعي³، وزهد آل السياسة أو انشغالهم عنها في ذلك الوقت⁴. غير أنه ظل فقها واقعياً يجمع بين الأصالة والتجديد، إذ كانت المرجعية الاجتهادية قائمة على الاستمداد من القرآن والسنة والإجماع، والتخيير بين أقوال الصحابة رضي الله عنهم وآرائهم، ولم يمنع ذلك الفقهاء من مجارة سنن التطوير والتجديد في نظر الأفضيات والنوازل الحادثة، من خلال مراعات ظروف العصر، وتفاعلات الحياة المتشابكة⁵، من غير ما تأثر بفتنة السياسة، التي استحالت معها الخلافة الدينية إلى ملك سياسي عضوض. فلم تتأثر مؤسستي الإفتاء والقضاء بذلك واحتفظت لها بحق الاستقلال والحرية؛ إذ لم تكن المذاهب قد نشأت بعد⁶. وأثبت التاريخ أن فقه تلك الحقبة لم يكن "بمجرد نظريات، ومثلاً بعيدة عن الواقع، أو نافرة عن إمكان التطبيق، أو متجهة نحو أهداف تقية صالحة، وأعراض زاهدة في الدنيا وزينتها"⁷.

ومن رحم هذا الزخم الفكري ظهرت مدرستان اجتهاديتان متميزتان في المنهج هما: مدرسة الحديث بالحجاز، ومدرسة الرأي بالعراق. وإذا كانت مدرسة الحديث قد حافظت على أصل وردها الأول، بفضل

1- قوميدي، الذوايدي: الاتجاهات الاجتهادية المعاصرة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 51 وما بعدها.

2- ابن القيم: إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج 1، ص 145.

3- يستثنى من هذا التعذر عهد عمر بن عبد العزيز الذي أسس مجلساً للشورى - على مستوى المدينة - مكوناً من عشرة من خيرة الفقهاء الذين أعلمهم أنه لا يريد أن يقطع رأياً صغيراً ولا كبيراً دونهم، ينظر ابن الجوزي: المنتظم في تاريخ الأمم والملوك. دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1992م، ج 6، ص 278، ابن كثير: البداية والنهاية. إحياء التراث العربي، لبنان، ط 1، 1988م، ج 9، ص 86.

4- الخالد، خالد حسين: الاجتهاد الجماعي، مرجع سابق، ص 145.

5- الزحيلي، وهبة: اجتهاد التابعين، دار المكتبي، سوريا، ط 1، 2000، ص 20، تاغلايت، حورية: الفقه الإسلامي بين الإحالة والتجديد، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، الجزائر، 2008، ص 56.

6- شلبي، أحمد: تاريخ التشريع الإسلامي، مكتبة النهضة، مصر، د.ط، د.ت، ص 296، أبو طالب، حامد: التنظيم القضائي، مرجع سابق، ص 36.

7- الزحيلي، وهبة: اجتهاد التابعين، مرجع سابق، ص 21.

المذهج الذي تشربه أتباعها¹؛ من أقوال ومذاهب عبد الله بن عمر رضي الله عنه، وعائشة رضي الله عنها، وزيد بن ثابت رضي الله عنه المقلين من الرأي والمتهيبين منه، فضلا عن قرب واقعهم وما اشتمل من حوادث من بيئة الصحابة رضي الله عنهم من حيث حركة الحياة وقلة النوازل، فإن الأمر كان بخلاف ذلك مع مدرسة الكوفة؛ التي انتهل أتباعها من آراء عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعبد الله بن مسعود رضي الله عنه، وانتهجوا نهجهم المعمل للرأي فيما لم يرد فيه نص، فكان لا بد من توظيف القياس، والاستصلاح، والعرف، والتخريج في إيجاد الحلول والأجوبة للإشكالات والقضايا التي كانت تروج بها بيئة العراق، والتي لم يسبق للإسلام فيها حكم. وقد منحتهم حرية الفكر، وتنوع الثقافات، وتصارع الآراء ما يرهف ملكتهم في ذلك، وينمي قدرتهم على المناقشة والحجاج²، حتى أسسوا المذهب الافتراضي الفقهي، والذي نزع بالاجتهاد عن سمته التطبيقية الواقعية إلى بحث المسائل النظرية، والأحوال غير الواقعية. وقد كان لذلك بعض الأثر على ما مني به الشق التطبيقي للاجتهاد من إهمال في جهة التأصيل والتنظير فيما يتلو من عهود وأزمان.

الفرع الرابع: التنزيل في عهد الأئمة المجتهدين

ومثلت هذه الحقيقة العصر الذهبي للحركة الاجتهادية تدوينا وتأصيلا وتفريعا³، وقد كان لذلك أسباب عديدة أهمها:⁴

1- اتساع الحضارة: فقد كانت بغداد زمن أبي جعفر المنصور زهرة مدائن الشرق، التي اجتمع لها من العلماء ما لم يحضر لغيرها على اختلاف المشارب والأعراق. وكانت قرطبة سيدة حواضر أوروبا في ذلك العهد، كما كانت القيروان قامة إفريقيا في الرفعة، والتمدن، وقد كان لذلك أثر بالغ في تقوية روح الاجتهاد وشد حلقاته⁵.

2- نمو الحركة العلمية بالأمصار الإسلامية، وأسهم في ذلك وصول المدنيات القديمة، وإفادة الفكر الإسلامي منها. فقد اجتمع للعقل العربي: الفكر الفارسي، والحكمة اليونانية، وقوانين الروم، وعلوم

1 - برز نجم سبعة من الفقهاء على رأس هذه المدرسة بالمدينة المنورة وهم: سعيد بن المسيب، وعروة بن الزبير، والقاسم بن محمد، وخارجة بن زيد، وأبو بكر بن عبد الرحمن بن حارث بن هشام، وسليمان بن يسار، وعبيد الله بن عتبة بن مسعود، ينظر: ابن القيم: إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج 1، ص 19.

2 - عبد المجيد، عبد المجيد محمود: الاتجاهات الفقهية عند أصحاب الحديث في القرن الثالث والعشرين، مكتبة الخانجي، مصر، د.ط، 1979، ص 42 وما بعدها.

3- خلاف، عبد الوهاب: خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي، دار القلم، الكويت، د.ط، د.ت، ص 58- الأشقر، عمر سليمان: تاريخ الفقه الإسلامي، دار النفائس الأردن، ط 3، 1991م، ص 92.

4 - بك، حضري: تاريخ التشريع الإسلامي، دار الفكر، لبنان، ط 8، 1967م، ص 146.

5 - بك، حضري: تاريخ التشريع الإسلامي، مرجع نفسه، ص 146.

المصريين، وهذا ما أدى إلى تلاحق الأفكار وإنضاج الفهوم في علوم كثيرة؛ كالمنطق والفلسفة والطب والقانون وغيرها....

4- ازدياد حفظه القرآن، والعناية بأدلتها، وتحمل قراءته، ونشرها.

5- ظهور حركة التدوين: إذ حُص هذا العصر بتصنيف وتدوين شتى العلوم فظهرت مدونات السنة النبوية، ومصنفات الفتاوى، وموسوعات التفسير، وأسفار الفقه، ورسائل في علم أصول الفقه¹، وهذا ما يسر الوصول إلى المصادر التشريعية، وهون من مشاق تناولها الشيء الكثير مما كان يعانيه السلف قبلا.

6- اتساع رقعة الخلاف الفقهي على إثر نشأة المذاهب الفقهية، والتي وصل تعدادها إلى ثلاثة عشر مذهباً، توزعت على أصقاع ومناح وبيئات مختلفة، من الصين شرقاً، إلى الأندلس غرباً. فكان مذهب سفيان بن عيينة (198هـ) بمكة، ومالك بن أنس (179هـ) بالمدينة والحسن البصري (110هـ) بالبصرة، وأبو حنيفة النعمان (150هـ) بالكوفة، وسفيان الثوري (161هـ) بالكوفة أيضاً، والأوزاعي (157هـ) بالشام، والشافعي (204هـ) بمصر، والليث بن سعد (175هـ) بمصر أيضاً، وإسحاق بن راهويه (161هـ) بنيسابور، وأحمد بن حنبل (241هـ)، وداود الظاهري (270هـ)، وابن جرير الطبري (310هـ) ببغداد².

2- تقاطر الأقضية، وتكاثر النوازل المستجدة - مما لم تعهده الأزمان السابقة - بسبب تمايز البيئات، وتنوع الحضارات، واختلاف المعاملات التي رتبها النظم الفارسية، والرومانية، والمصرية والإغريقية، مما لم يسبق معاناته في بلاد الحجاز. فكان مجال الاجتهاد لربط هذه المسائل بأصولها، وتنزيل أحكامها عليها ذا سعة، وأفق البحث فيها ممتداً³.

وكنتيجة لذلك كله، فقد تمذهبت كل من مؤسستي الإفتاء والقضاء بالمذهب السائد، فالقضاء في مصر كان لفقهاء الشافعية، وفي الشام لأتباع الأوزاعي، ثم صار للشافعية، وفي العراق لفقهاء الحنفية، واختص المغرب وإفريقيا بالقضاء على مذهب مالك بن أنس⁴. غير أن ذلك لا يعني أن قضاة هذا العصر لم يكونوا من المجتهدين، إذ كان لأغلبهم إلمام بالمصادر الأصلية، ولكنهم قنعوا باتجاه شيوخهم - أصحاب المذاهب - التي ينتمون إليها في أغلب ما يقضون، وقد وجد - أحياناً - من يصنف الجديد من فكره، وجهده، وشرحه⁵.

1 - خلاف، عبد الوهاب: خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص 58.

2 - الزحيلي: تاريخ القضاء في الإسلام، دار الفكر، سوريا، ط1، 1995م، ص 273.

3 - خلاف، عبد الوهاب: خلاصة تاريخ التشريع، مرجع سابق، ص 78.

4 - الزحيلي: تاريخ القضاء في الإسلام، مرجع سابق، ص 274.

5 - شلبي، أحمد: تاريخ التشريع، مرجع سابق، ص 298.

وصار اعتماد القضاة والمفتين على الأقوال والآراء المثبتة في كتب كل مذهب، وفي ذلك يقول القرافي: "كان الأصل يقتضي إلا تجوز الفتيا إلا بما يرويه العدل عن العدل عن المجتهد الذي يقلده المفتي، حتى يصح ذلك عند المفتي، كما تصح الأحاديث عند المجتهد، لأنه نقل لدين الله تعالى في الوصفين. وغير هذا كان ينبغي أن يحرم، غير أن الناس توسعوا في هذا العصر فصاروا يفتون من كتب يطالعونها من غير رواية، وهذا خطر عظيم في الدين، وخروج عن القواعد، غير أن الكتب المشهورة لشهرتها بعدت بعدا شديدا عن التحريف والتزوير، فاعتمد الناس عليها اعتمادا على ظاهر الحال...."¹.

وقد تعضد القضاء باستقلالته عن باقي السلطات في هذا العصر؛ باستحداث منصب قاضي القضاة في عهد هارون الرشيد²، كما تعزز بتوسيع سلطاته؛ إذ أضحى له في العصر العباسي الثاني حق في دعاوى الأوقاف، وتنصيب الأولياء والأوصياء، والنظر في عدالة الشهود، وإدارة أموال الغائبين، وتزويج الأيتام...³ ولما استتب الأمر للمذاهب الفقهية واستقرت أصولها، ظهرت الحاجة إلى تدوين قواعد المناهج الاجتهادية، وإثبات ضوابطها المقومة، وقواعدها المنظمة. وتعتبر الرسالة أول أساس وضع في ذلك وقد اعتمد فيها مؤلفها على منهج وسط يجمع بين أهل الرأي، وأصحاب الأثر من حيث إثبات مكانة النص، وأولويته من جهة، واعتماد القياس، وتشبيته، وتوسيع مداه من جهة أخرى. وقد كان لهذا الصنيع أثره الواضح في تقريب الرؤى بين الاتجاهين⁴.

وقد أخذت دراسة وتأصيل المنهج الاجتهادي بعد الشافعي اتجاهين مختلفين:⁵

أ- اتجاه نظري، يركز على تقرير القواعد، وتحرير الأصول على المبادئ المنطقية، وإقامة الأدلة عليها مجردة عن الفروع الفقهية، شأنها في ذلك شأن علم الكلام، ولذلك سميت بطريقة المتكلمين، وعلى ذلك كان جمهور الفقهاء عدا الحنفية.

ب- اتجاه يعنى بتأصيل القواعد على مقتضى ما نقل من الفروع الفقهية، وفي حال تعارض بعض الأصول مع الفروع المقررة في المذهب فإن المنهج يستوجب تعديل تلك القواعد بما يتواءم وتلك الفروع ويخدمها، وهو مذهب الحنفية.

¹ القرافي: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، مرجع سابق، ص 244.

² - أول من تقلد منصب قاض القضاة كان أبو يوسف، صاحب أبي حنيفة. وكانت له فيها سلطة تعيين وعزل وإدارة شؤون القضاة من دون تدخل خليفة أو أمير. واصل نصر، فريد: السلطة القضائية، مرجع سابق، ص 62. الزحيلي: تاريخ القضاء في الإسلام، مرجع سابق، ص 275.

³ - نصر، فريد: السلطة القضائية، المكتبة الوقفية، مصر د.ط، د.ت، ص 68. الزحيلي: تاريخ القضاء في الإسلام، مرجع سابق، ص 282 وما بعدها.

⁴ - قوميدي، الذوايدي: الاتجاهات الاجتهادية المعاصرة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 59 و 62.

⁵ - إسماعيل، محمد شعبان: أصول الفقه، تاريخه ورجاله، دار المريخ، السعودية. ط 1. 1981، ص 30. وما بعدها.

ثم ظهر في القرن السابع الهجري منهج جامع بين الطريقتين، يقرن بينهما بالأدلة، ويعمل فيهما الترحيح، ويبنى الفروع الفقهية على القواعد، وعلى ذلك المنوال نسج الساعاتي، وصدر الشريعة، والتفتازاني، والسبكي وغيرهم¹.

والذي يظهر من هذا التأصيل الفقهي لمنهج الاجتهاد في العصر العباسي أنه منح الخطوة الكبرى والنصيب الأوفر لشق الفهم العقلي، دون المنهج التطبيقي الذي غمطه أهل الأصول حقّه من الدراسة الواجبة له، حتى كاد علم الأصول أن يكون محضاً في مجمله لمنهج الفهم².

ومُسفرات هذا الأمر واضحة ابتداءً من تعاريف علم الأصول، وهيكلته؛ فما تواضع عليه الأصوليون في تعريف هذا العلم مبني عن توجههم العام في ذلك³؛ إذ يعرفه بعضهم على أنه: "فهم الأحكام الشرعية بطريق النظر"⁴، أو "العلم بالأحكام الشرعية بطريق النظر والاستنباط"⁵، وإلى قريب من ذلك يعرفه الغزالي، إذ يقول في مستصفاه: "فالعلم بطرق ثبوت هذه الأصول الثلاثة - يقصد الكتاب والسنة والإجماع-، وشروط صحتها، ووجوه دلالتها على الأحكام، هو العلم الذي يعبر عنه بأصول الفقه"⁶.

أما ما ينبؤ عن هذا التوجه من حيث الهيكلية التي بنى عليها الأصوليون أصول الفقه، والتي تقوم على أقطاب أربعة هي: الأحكام، والأدلة، وطرق استثمارها، والمجتهد القائم بالاستثمار⁷. فهو أهما- في غالبها- موظفة في خدمة منهج الفهم للأحكام، واستنباطها من أدلتها الشرعية⁸، بما في ذلك القطب الرابع الذي يحتمل أن يتجه في شطر منه إلى التطبيق، إلا أنه في تفاصيل فروعه كما ذكره الغزالي نفسه وجه نحو منهج الفهم⁹.

ويستثني عبد المجيد النجار من هذه الخطة العامة التي طبعت الحركة التأصيلية للفقه الإسلامي بعض الجوانب والفروع، التي وإن كانت مخصصة لفهم الأحكام، إلا أن مبني الفهم فيها كان مؤسساً على التطبيق، ويضرب لذلك مثلاً بما "جاء من بحوث في مصادر التشريع التي لها صلة بالواقع، مثل

1 - أبو زيد، بكر بن عبد الله، المدخل المفصل لمذهب الإمام أحمد، دار العاصمة، السعودية، ط 1، 1417هـ، ج 2، ص 939. إسماعيل، محمد شعبان: أصول الفقه، مرجع سابق، ص 38.

2- النجار، عبد المجيد: المقتضيات المنهجية لتطبيق الشريعة في الواقع الإسلامي الراهن، مرجع سابق، ص 31.

3 - الفروجي: مدى حاجة المجتهد لمقاصد الشريعة فهما وتنزيلاً، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية بجامعة الجزائر، الجزائر، 2011م، ص 357.

4 - ابن عقيل، أبو الوفا: الواضح في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط 1، 1999م، ج 1، ص 07.

5 - ابن عقيل، أبو الوفا: الواضح في أصول الفقه، مرجع نفسه، ج 1، ص 07.

6 - الغزالي: المستصفى، مرجع سابق، ص 6.

7 - الغزالي: المستصفى، مرجع نفسه، ص 7.

8 - الفروجي: مدى حاجة المجتهد لمقاصد الشريعة فهما وتنزيلاً، مرجع سابق، ص 357 و 358.

9 - النجار، عبد المجيد: المقتضيات المنهجية لتطبيق الشريعة في الواقع الإسلامي الراهن، مرجع سابق، ص 32.

الاستحسان، والمصلحة المرسلة، وسد الذرائع، والعرف، فقد كان البيان في هذه البحوث ينحو منحى تقرير الأحكام الشرعية في الأصل، لكنه تقرير منطلق في شطر كبير منه من مقتضيات التطبيق وآثاره في تحقيق المقاصد، فاشتمل لذلك على منهجية تطبيقية، ولو بصفة غير مباشرة¹.

كما يتأتى هذا الاستثناء في بعض المسائل المستقلة التي بحثها علماء الأصول ضمن باب الاجتهاد في ثانيا الخطة الفقهية العامة، وأشهر نماذجها "البحوث المتعلقة بتحقيق المناط، وبمآلات الأفعال، والإفناء وقواعده وشروطه من باب الاجتهاد، وغير ذلك من المباحث الجزئية المبتوثة في أبواب أصول الفقه، والتي إذا جمع بعضها إلى بعض في تبين تألفي، اجتمعت منها جملة صالحة لقواعد منهجية في فقه التطبيق، ولكن في حجم صغير، وتفصيل محدود بالنسبة لما حظي به منهج الفهم من الثراء والترتيب والتفصيل"².

الفرع الخامس: التنزيل في عهد الركود والجمود

يمتد هذا العهد من المنتصف الثاني للقرن الرابع الهجري، الذي بدأ معه ضمور الدولة العباسية بتقطع أوصالها، وانفصام عراها إلى دويلات وممالك متقاتلة متحاربة³. وقد أثرت ضنة المنهج الأصولي في تععيد الجانب التطبيقي للشرعية الإسلامية في العصر السابق على التأليف الفقهي، الذي نحى بدوره نحو التعميم والتجريد، فبعد "جيل الأئمة المجتهدين الأوائل، الذين عرضو الفقه بمقتضيات تطبيقية، كما بدا واضحا في فقه الشافعي، الذي شهد تعديلا بالمقتضيات التطبيقية الجديدة بمصر، المغايرة لمقتضيات العراق، بعد هذا الجيل جنح الفقه باضطراد إلى تجريد تحتفي فيه باضطراد أيضا الاعتبارات الواقعية، وتبرز فيه النزعة المدرسية التعليمية، حتى آل في عهود الانحطاط إلى مختصرات، هي أقرب إلى الرموز منها، إلى الأحكام التي تعالج النوازل الحية في حياة الناس"⁴. فقعدت الهمم عن الاجتهاد والتشريع، وماتت روح التحرر من ربة الاستقلال الفكري والعقلي، وراض العلماء أنفسهم على التقليد، وغلب الجهل على الناس، وعمهم وأعماهم حتى "استعظموا دعوى الاجتهاد، وعدوه منكرا بين العباد"⁵. وصار العامة من الناس وخاصتهم في ذلك سواء، فوقف التشريع على ما حصله الأئمة الأولون والعلماء المجتهدون، وقصر الفقه عن مسaire ما يجد من تطورات، ومعاملات، وأقضية، ووقائع⁶.

1 - النجار، عبد المجيد: المقتضيات المنهجية لتطبيق الشريعة في الواقع الإسلامي الراهن، مرجع سابق، ص 32.

2 - النجار، عبد المجيد: المقتضيات المنهجية لتطبيق الشريعة في الواقع الإسلامي الراهن، مرجع نفسه، ص 33.

3 - الأشقر، عمر سليمان: تاريخ الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 15. شرف الدين: عبد العظيم: تاريخ التشريع، دار العربي، لبنان، ط 3، 1985م، ص 204.

4 - النجار، عبد المجيد: المقتضيات المنهجية لتطبيق الشريعة في الواقع الإسلامي الراهن، مرجع سابق، ص 33.

5 - السيوطي: الرد على من أخلد إلى الأرض وجهل إن الاجتهاد في كل عصر فرض، مرجع سابق، ص 02.

6 - خلاف، عبد الوهاب: خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص 96.

وقد كان لمجتهدى ذلك الزمن حجتهم في سد باب الاجتهاد، الذي رأوه الملاذ الوحيد المقذور عليه لصد المجترئين، وإبعاد المنتحلين عن بيضة التشريع الفقهي، فقد سادت الفوضى في التشريع والاجتهاد ممن ليسوا أهلاً لذلك، وتصدى لمنصب الإفتاء جهال عبثوا بمحكّمات النصوص، وقواطع الحقوق، وأصول المصالح، فتمايزت الفتاوى، وتباينت الأحكام في الأفضية؛ حتى "كان القضاء يختلف في الحادث الواحد، في البلد الواحد؛ فستحل دماء وأموال في ناحية من نواحي المدينة، وتستباح في ناحية أخرى منها، وكل ذلك نافذ في المسلمين، وكله يعتبر من أحكام الشريعة. فلما فزع من هؤلاء العلماء، حكموا في أواخر القرن الرابع بسد باب الاجتهاد، وتقييد المفتين، والقضاء بأحكام الأئمة السابقين، فعالجوا الفوضى بالجمود"¹.

فتنادوا بالإعلان عن عدم الحاجة إلى الاجتهاد المطلق والمستقل²، ولعل مقصدهم في ذلك كان متمحض التوجه إلى العامة دون الخاصة ممن امتلك آلة النظر والاجتهاد لتحقيق الكفاية الفقهية³.

غير أن هذا الركود العام، لم يمنع أن تتفتح معه روح النبوغ، ونواة الابتكار، فاستأنفت به حياة الاجتهاد بنفس جديد مجدد، بفضل ثلة من العلماء الأفاضل الذين أبو استمراء التقليد والجمود على الموروث، والنزول عن رتبة النظر وأهلية الاجتهاد التي تهيؤوا إليها. وقد كانت لهم في ذلك آثار محمودة، وحسنات محسوبة، أفادت الاجتهاد التنزيلى بما إفادة، فهذا الإمام الغزالي - من الشافعية - يرفع اللبس المكتنف للوجه التطبيقي للاجتهاد لدى من سبقه من علماء الأصول؛ من خلال إبراز وتوسعة مدلول تحقيق المناط المقتصر قبلاً على مبحث العلية، إلى اعتباره ضرورة شرعية متفقا عليها، وضرباً اجتهادياً تتجاوز حدوده دائرة القياس الأصولي المختلف فيه بين النظائر⁴.

بينما يذهب ابن قدامة المقدسي - من الحنابلة - إلى اعتبار أن هذا المنحنى التطبيقي للاجتهاد يمثل منهجاً أصيلاً في تطبيق القواعد الكلية على الوقائع والفروع الجزئية، فضلاً عن احتمالها لمعنى القياس الأصولي⁵. أما الشاطبي فقد مثل توجيهه تجديداً مبتكراً في باب؛ أضحى معه مفهوم التحقيق يمثل المبدأ الكلي في تطبيق الأحكام الشرعية، والميزان الذي يتقوم به النظر التنزيلى لتلك الأحكام على فروع الوقائع، فأصبح تحقيق المناط - بحسب الشاطبي - القسم الأبرز والأهم للفعل الاجتهادي، والذي لا يمكن تصور ارتفاعه إلا بارتفاع أصل التكليف نفسه. وبسبب هذه الأهمية بلغت الدلالة التي يحملها مداها الأوسع

1 - خلاف، عبد الوهاب: خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي، مرجع نفسه، ص 98.

4 - تنظر مقولة عبد الله دراز في تقديمه لكتاب الموافقات: الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 1، ص 06.

2 - لم يكن مقصد من تنادى بسد باب الاجتهاد ارتفاع دائرة الإجهاد التنزيلى، منه فإنه دائم لا ينغلق، متصل لا ينقطع إلى قيام الساعة، كما أثبت ذلك الشاطبي في موافقاته. الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 05، ص 18.

3 - قوميدي، الذواودي: الاتجاهات الاجتهادية المعاصرة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 67 و 68.

4 - الغزالي: المستصفى، مرجع سابق، ص 281.

5 - المقدسي، ابن قدامة: روضة الناظر، مرجع سابق، ج 02، ص 145 و 146.

الذي شمل تطبيق المعنى الكلي على جزئياته، سواء أكان هذا المعنى قاعدة كلية، أم علة، أم أصلا لفظيا أم معنويا عاما¹.

كما ينسب للشاطبي قصب السبق في إحياء شطر علم أصول الفقه المتمثل في علم المقاصد، وإنشاء عمارته، وإتمام بنائه، وفق نظرة مستقلة، وفكرة متميزة، خلعت عنها ريقه التقليد، وتحررت من أسار التبعية، وجعلت وجهتها إناظة توقيع الأحكام بعلمها، ومقاصدها المتوخاة لها من الشرع، في ضوء ما تقتضيه الظروف المختلفة، والملايسات المكتنفة لأفراد تلك الأفعال².

ورغم هذه الجهود المباركة في التجديد لتأصيل الاجتهاد التنزيلى، غير أن الركود الذي استفحل في الأوساط الفقهية، واستوطن مفاصل ودوائر التشريع المذهبي حال دون إثمار هذه الجهود، وبلوغها المرام المرجو منها، على مستوى التقعيد الأصولي، أما على مستوى الصناعة الفقهية فالملاحظ أن سمة الجمود التي طبعت ذلك العصر ومنعت الاجتهاد المستقل، لم تحل دون إعمال النظر الفقهي، وبث الحياة فيه على مستوى الدوائر التشريعية الأصغر، ضمن خطة الانتساب المذهبي، ويمكن تبصر ذلك جليا في التطوير التطبيقي الذي نال فقه ذلك العصر، ممثلا في فقه النوازل والمسائل، الذي أخذ شكلا تنفيذيا يضخ النماء والنشاط للفقه التجريدي لقيامه على مقتضيات التطبيق الواقعي، ورد الأفعال مشخصة إلى كليات الشرع.

ورغم اصطباغه بالصبغة المذهبية، إلا أنه لم يمنع أصحاب التأليف فيه من ممارسة ومباشرة مساحات هامة من الاجتهاد التطبيقي، داخل فقه المذهب من خلال مراعات ظروف النازلة، أو الاعتبار بملايساتها، والاهتداء بحيثياتها، والاستجابة لمتغيرات الأعراف والعادات التي نشأت فيها³.

وانتشر هذا اللون من التأليف وراجت سوقه، حتى لامس كل ما له صلة بحياة الناس تحت مسميات عديدة أشهرها:

النوازل والفتاوى والمسائل والقضايا والأجوبة والأسئلة، وشاع عند المالكية الاصطلاح الأول الذي برّ مفردة الفتوى لدى باقي المذاهب⁴، وهو ما يتضح جليا من عناوين المصنفات المذهبية في ذلك، ونماذجه كثيرة، نذكر منها في المذهب المالكي:

1 - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 05، ص 12. وما بعدها. بلخير، عثمان: البعد التنزيلى في التنظير الأصولي عند الإمام الشاطبي، مرجع سابق، ص 164. جحيش، البشير: في الاجتهاد التنزيلى، مرجع سابق، ص 48 وما بعدها.

2 - تنظر مقولة عبد الله دراز في تقديمه لكتاب الموافقات: الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 1، ص 06.

3 - يسري، محمد إبراهيم: الفتوى وأهميتها وضوابطها، مرجع سابق، ص 712.

4 - لعل النوازل" هي أدق اصطلاح معبر عن الصيغة الواقعية للمسألة الحادثة، وظرفيتها الزمانية التي تُقصي الافتراض والاحتمال من دائرة النظر. وسبب اختصاص المالكية به هو تأسيهم بأصول الإمام مالك في الإشاحة عن الفقه الآرائبي. الصمدي، مصطفى: فقه النوازل عند المالكية تاريخا ومنهجيا، مكتبة الرشد، السعودية، ط 1، 2007، ص 224 و 225، التسماني، محمد: فقه النوازل لدى علماء المغرب، مجلة الإبصار، المغرب، ع 1، فبراير 2013، ص 22.

- "الإعلام بنوازل الأحكام" لمؤلفه: أبو الأصبع، عيسى بن سهل الأسدي الغرناطي ت 486هـ¹.
- "المفيد للحكام فيما يعرض لهم من نوازل الأحكام" لأبي الوليد بن هشام ت 606هـ².
- "مسائل ابن رشد" لأبي الوليد، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ت 520هـ³.
- "مذاهب الحكام في نوازل الأحكام" للقاضي عياض، أبو الفضل عياض بن موسى بن عمرو السبتي ت 544هـ وولده محمد، أبو عبد الله⁴.
- "المعيار المغرب والبيان المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب" لأبي يحيى، أحمد بن يحيى بن محمد الونشريسي ت 914هـ⁵.
- "جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالملفتين والحكام" لأبي القاسم بن أحمد البرزلي ت 841هـ⁶.

ومن الفتاوى في المذهب الحنفي:

- "فتاوى قاضيخان في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان" للإمام فخر الدين أبي المحاسن بن منصور المعروف بقاضيخان ت 592هـ⁷.
- "الفتاوى الولواجية" لأبي الفتح، ظهير الدين عبد الرشيد الولواجي ت 540هـ⁸.
- "الفتاوى البزازية" لحافظ الدين بن محمد الرازي الكردي ت 827هـ⁹.
- "الفتاوى السراجية" لسراج الدين أبو محمد علي بن عثمان التيمي ت 569هـ¹⁰.
- ومن مصنفات المسائل في المذهب الشافعي:
- "المسائل المنثورة أو فتاوى الإمام النووي" لأبي زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي ت 676هـ¹¹.
- "فتاوى ابن صلاح" لأبي عمرو، عثمان بن عبد الرحمان المعروف بابن صلاح ت 643هـ¹.

1 - ابن سهل، عيسى: الإعلام بنوازل الأحكام، ت يحيى مراد، دار الحديث، مصر، ط 1، 2007.

2 - ابن هشام، أبو الوليد: المفيد للحكام فيما يعرض لهم من نوازل الأحكام، ت. سليمان أبا الخيل، دار العاصمة، السعودية، ط 1، 2012.

3 - ابن رشد، أبو الوليد: مسائل ابن رشد، ت محمد التحكاني، دار الجيل، لبنان، ط 2، 1993.

4 - عياض، أبو الفضل: مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، ت محمد بن شريفة، دار الغرب الإسلامي، لبنان، ط 2، 1997.

5 - الونشريسي، أبو يحيى: المعيار المغرب والبيان المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، ت. محمد حجي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، د.ط، 1981.

6 - البرزلي، أبو القاسم: جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالملفتين والحكام، ت. محمد الهيلة، دار الغرب الإسلامي، لبنان، ط 1، 2002.

7-قاضيخان، فخر الدين: فتاوى قاضيخان، ت. سالم البدري، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 2009.

8 - الولواجي، أبو الفتح، الفتاوى الولواجية، ت. مقداد قريوي، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 2003.

9 - الفتاوى مطبوعة بمهامش كتاب الفتاوى العالمية المنشور بطبعة المطبعة الأميرية بمصر، 1310هـ.

10 -سراج الدين، أبو محمد: الفتاوى السراجية، ت. البستري، دار الكتب العلمية، لبنان، د.ط، 2011

11 - النووي، محي الدين: المسائل المنثورة، ت محمد الحجار. دار البشائر، لبنان، ط 6، 1996.

- " فتاوى السبكي " لأبي الحسن تقي الدين علي بن عبد الله الكافي السبكي 756هـ².
- " الفتاوى الفقهية الكبرى " لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمي ت 974هـ³.
وأشهر كتب الفتاوى عند الحنابلة:
- "مسائل الإمام أحمد" لأبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني ت 241هـ⁴.
- " الفتاوى الكبرى " لأبي العباس، تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام ابن تيمية الحاراني ت 728 هـ⁵.

غير أن المأسوف له، أن الجهود العظيمة التي استنفذها العلماء في هذا الإنجاز التطبيقي العظيم للفقهاء - فقهاء النوازل - لم تحظ بالعناية التأسيسية والتفصيلية التي يستأهلها، فكان "الجهد المبذول في درس فقه التنزيل، وترتيبه وتفصيله يكاد لا يذكر بالنسبة لما بذل في الفقه التجريدي. ولو استعرضنا التراث الفقهي عامة، وقارنا حجم المؤلفات بين هذا وذلك، لتبين لنا الفارق الكبير"⁶.

الفرع السادس: فقه التنزيل في العصر الراهن

ويبدأ دور هذا العصر من مطلع ظهور الصناعة التقنية للفقهاء الإسلامي التي هيأتها للتطبيق الفعلي، وتجسدت أولى مشاريعها في مجلة الأحكام العدلية التي صدر العمل بها في الدولة العثمانية سنة 1293هـ⁷. وقد بلغ التقليد والجمود على الموروث الفقهي القديم أوجّه في هذه الحقبة فغدت نصوص الفقه - من الإغلاق والعقم - ما جعلها أشبه بالطلاسم والألغاز⁸. وجنمت المهمة عن الاجتهاد والتجديد، وقنعت النفوس باجتياز مختصرات صور ميتة لفقه مجرد عن كل حكمة أو مقصد⁹. وآل النظر إلى دراسة حفظية

-
- 1 - ابن الصلاح، أبي عمورة: فتاوى ابن الصلاح، ت. موفق عبد القادر، مكتبة العلوم والحكم، لبنان، ط1، 1407هـ.
2 - السبكي، أبو الحسن: فتاوى السبكي، دار المعرفة، لبنان، د، ط، د.ت.
3 ابن حجر، أحمد: الفتاوى الفقهية الكبرى، المكتبة الإسلامية، مصر، د.ط، د.ت.
4 - ابن حنبل، أحمد: " مسائل الإمام أحمد برواية ابنه عبد الله، زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، لبنان، ط1، 1981.
5 - ابن تيمية، أحمد: الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1987.
6 - النجار، عبد المجيد: المقتضيات المنهجية لتطبيق الشريعة في الواقع الإسلامي الراهن، مرجع سابق، ص 33.
7- الزرقاء: المدخل الفقهي العام، دار القلم، سوريا، ط1، 1998، ص 227، أبو العينين: تاريخ الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، مصر، د.ط، د.ت، ص 106.
8 - بك، حضري: تاريخ التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص 317.
9 - انتقد ابن خلدون هذا النمط السائد في التعليم والتأليف الفقهي، واعتبره سبب التقاصر دون تملك آلة الاجتهاد، فقال " هو فساد في التعليم، وإخلال بالتحصيل، وذلك لأن فيه تخليطاً على المبتدئ بإلقاء الغايات من العلم عليه، وهو لم يستعد لقبولها بعد، ثم فيه مع ذلك شغل كبير على المتعلم بتتبع ألفاظ الاختصار العويصة، لفهم بتزاحم المعاني عليها، وصعوبة استخراج المسائل من بينها، لأن ألفاظ المختصرات تجدها لأجل ذلك صعبة عويصة، فيقطع في فهمها حظ صالح من الوقت. ثم بعد ذلك فالملكة الحاصلة من التعليم من تلك المختصرات، إذا تم على سداده، ولم تعقبه آفة فهي ملكة قاصرة عن الملكات التي تحصل من الموضوعات البسيطة المطولة، لكثرة ما يقع في تلك من التكرار والإحالة المفيدتين لحصول الملكة النامة،

نظرية لا علاجية إنتاجية، وأضحى موروث الإمام أولى في التقدم من قواطع النصوص، ومحكمات الأدلة. فصار الاجتهاد من الغربية والإهمال ما جعله نقيصة للتناز، وثلمة للتقادم، وغرضاً للتقادم، ومرمى بعيداً عن كل طالب¹.

وزاد هذا الوضع تضعفياً وتأزماً انكسار شوكة الدولة العثمانية، ووهن سلطتها، وكان من نتاجها أن سمحت للدول الأجنبية بإقامة محاكم قنصلية ببلاد الإسلام، للنظر في المنازعات التي تثور بين الأجانب، أو بينهم وبين الوطنيين. مما أدى إلى دخول القوى الغربية إلى البلاد الإسلامية، وبدأت ترحف على الشريعة الإسلامية، حتى تردى الوضع التشريعي في كثير من تلك الأقطار، وانحصار قيومية الشريعة على مجال الأحوال الشخصية، فتمخضت الحاجة إلى تنبيه الخلافة العثمانية إلى ضرورة صياغة الأحكام الشرعية في قالب قانونية منظمة، لتحكم مناشط الحياة المدنية. وتجددت باكورة هذه اليقظة في تقنين مجلة الأحكام العدلية، التي صدرت الإرادة السنية للعمل بها في محاكم الدولة العثمانية؛ كأول تقنين مدني وفق أصول المذهب الحنفي². ومع كونه قانوناً مدنياً إلا أنه اشتمل على بعض مسائل الأسرة كالحجر وأهلية الصغار... ثم توالى حركة التقنين، ونشطت دوائرها، وتوسعت مصادرها الفقهية، فصدر أول قانون للأحوال الشخصية سنة 1336هـ - 1917م، باسم قانون حقوق العائلة، والذي لم يكتف فيه المشرع العثماني بتقنين أحكام الزواج والطلاق وفق أبي حنيفة، بل تخير أيضاً عن المذاهب الأربعة من الحلول ما يناسب ذلك العصر، ويلئم ظروفه وأحواله³.

وتحركت طلائع اليقظة من جسم الأمة الساكن، واستيقظ ضمير الإصلاح، وظهر رواده في كل قطر، فتنادوا بوجوب استثمار الشرع، واستدراج أحكامه، واستقصاء الأوفق من فقهه لمقتضيات العصر، لتجسيده - بالاجتهاد - على حوادث الدهر ونوازل⁴.

وكان من رؤوس هذه الدعوات الإصلاحية أعلام أفذاذ من أمثال⁵:

- محمد بن علي الشوكاني ت 1250هـ.

- جمال الدين الأفغاني ت 1314هـ.

فقصدوا تسهيل الحفظ على المتعلمين فأركبهم صعباً يقطعهم عن تحصيل الملكات النافعة وتمكنها" انظر: ابن خلدون: ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر، دار الفكر، لبنان، ط 2، 1988م، ج 1، ص 734. الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص 229،

1 - قوميدي، الذوايدي: الاتجاهات الاجتهادية المعاصرة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 88 وما بعدها.

2 - الزرقاء: المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص 227، أبو طالب، حامد: التنظيم القضائي، مرجع سابق، ص 39 و 40.

3 - الأشقر، عمر سليمان: تاريخ التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص 195. زيدان، عبد الكريم: المدخل لدراسة الشريعة، دار عمر ابن الخطاب للنشر، مصر، د.ط، د.ت، 152 و 153.

4 - دردور، إلياس: تاريخ الفقه الإسلامي، دار ابن حزم، لبنان، ط 1، 2010، ج 2، ص 1246 و 1247.

5 - دردور، إلياس: تاريخ الفقه الإسلامي، مرجع نفسه، ج 2 ص 1247.

- محمد عبده ت 1332هـ.

- عبد الحميد بن باديس ت 1358 هـ.

- محمد إقبال ت 1357هـ.

غير أن المميز لهذه الصحوات، أنها كانت مرتكزة على الجانب العقدي، أكثر فجاء "الشيخ رشيد رضا- تلميذ الشيخ محمد عبده-، وأثار مسألة الاجتهاد، وعالج كثيرا من المشكلات الفقهية، مثل تعدد الزوجات، ومسائل الطلاق، والعدة ونحوها، مما أخذت به قوانين الأحوال الشخصية في أكثر البلاد العربية. وتضاعفت الحاجة إلى الاجتهاد في العصر الحاضر، بسبب تعقد المعاملات، وانعزال الدين عن المجتمع، وطرؤ أنظمة جديدة للحياة لم تكن موجودة، مع حدوث انقلاب تام في الأوضاع، أصبحت معها المسائل الفقهية قليلة الشبه في الحياة الواقعية"¹.

وقد صاحب هذه النهضة حراك آخر²، حاولت عضد الإصلاح والتيمم بالحل صوب الحضارة الغربية، والانتقال من بصرها العمراني والمدني، واعتبارها النموذج في التغيير لبلوغ النهضة، وتحقيق التقدم. وقد كان لهم بعض ما أرادوا بما تقلدوا من مواقع القرار، وتسموا من زمام الأمور في بعض البلدان العربية، فإذا بهم يحدثون واقعا عربيا ممسوخا ومشوها، زادت معه غربة الشريعة على المستوى الفكري والنفسي، وانقطع السند بين المسلمين وبين آدابهم الاجتهادية والتقليدية في تطبيق الشرع على هذا الواقع القلق والمضطرب بخوالب الأوضاع وتكاثف الأحداث³. ومما أعان هذه العصابة الأثرة على غرضها، أن الاستعمار الغربي كان قد شغل أغلب الأقطار الإسلامية، واجترأها واستقل بخيراتها، وأقصى الشريعة الإسلامية عن الحكم، وحكم أهلها إلى الشرعية الوضعية الرومانية، وألغى المحاكم الشرعية، واستبدلها بأخرى مدنية⁴.

فدارت رحى الصراع بين الفريقين، واستعر أوار الحرب بينهما، وقد كان من نتائج ذلك إذكاء بوادر إحياء الفقه الإسلامي، وتنزيله على واقع المسلمين. والدعوة إلى النهوض بمنهج التطبيق وإثرائه، سيما مع نيل أغلب الدول العربية استقلالها، وتخلصها من رقة الاستعمار، وعبودية الاحتلال. ومن صور هذا الإحياء والإثراء نرصد:

أولا- اتساع حركة التقنين:

1 - فياض، مصطفى: الاجتهاد وأهميته في العصر الحديث، مكتبة الازهر، مصر، ط 1، 2000م، ص 51 و 52.

2 - كان ممن تولى كبر هذا الحراك رفاة الطهطاوي وخير الدين التونسي وغيرهما: ينظر حسين، محمد: الإسلام والحضارة الغربية، دار الفرقان، مصر، د.ط، د.ت، ص 18 وما بعدها.

3 - النجار، عبد المجيد: المقتضيات المنهجية لتطبيق الشريعة في الواقع الإسلامي الراهن، مرجع سابق، ص 36 و 37.

4 - الأشقر، عمر سليمان: تاريخ الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 185 و 186.

ابتدرت حركة التقنين بظهور محاولات شخصية جادة من بعض العلماء في سبيل تمهيد وتوطئة الفقه للتطبيق والتنفيذ، وأشهر من ابتدر حمل لوائها الفقيه قدري باشا، فقد استرشد بالمجلة العدلية، فألف كتابه مرشد الحيران في معرفة أحوال الإنسان في باب المعاملات المدنية وفقا للمذهب الحنفي، كما قنن أحكام الوقف في 646 مادة، وضمنها في كتابه " العدل والإنصاف في مشكلات الأوقاف". ثم قنن أحكام الأحوال الشخصية في كتاب بلغت مواده 647 مادة¹.

وعلى هذا سارت الصناعة التقنية في البلاد الإسلامية، فقد صدر بمصر قانون رقم 25 لسنة 1920 المتعلق بالفقعة وبعض مسائل الأحوال الشخصية، ثم توالى بعد ذلك أعمال التشريع، فشملت المواريث²، والوصايا³، والأوقاف⁴، وإجراءات التقاضي⁵. كما أصدرت الأردن قانون حقوق العائلة رقم 92 لسنة 1951.

وصدر في سوريا أول قانون عام للأحوال الشخصية في شكله المتكامل عام 1953م، وقنن المشرع العراقي مسائل الأسرة بالقانون رقم 188 لسنة 1959م، وفي المغرب عام 1957م، وفي الكويت بالقانون رقم 51 لسنة 1984م، وفي الجزائر بالقانون 84 - 11 لسنة 1984م، وعمان لسنة 1997م، والإمارات لسنة 2005م.

ثانيا- نشاط الحياة الفقهية:

حيث اتجه العلماء إلى الاستفادة من فقه المذاهب الاجتهادية كلها، فسلخوا في التأليف والدراسة مسلكا مقارنا حرا يقوم على تتبع الأحوال الفقهية في المسألة، ورصد أدلتها، ووزن حججها، وتمحيص قوبها من ضعيفها، للوصول إلى ترجيح الصائب منها. وقد تخلص التأليف الفقهي من ثوب الجمود والتعصب المذهبي والشغف بالاختصار والتعقيد، وشق له طريقا جديدا يتواءم ومقتضيات الواقع العملي للحياة، وما تكتنزه من مشاكل وقضايا تستجدي الحل والإجابة⁶. كما نشطت طباعة الكتب الفقهية، وتوجهت الأنظار في ذلك إلى إحياء مظان المذاهب المندثرة، وجمع آراء الأئمة الأعلام، وفقه الصحابة الكرام رضي الله عنهم⁷.

1 - أبو العينين: تاريخ الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 111.

2 - القانون رقم 77 لسنة 1943.

3 - القانون رقم 71 لسنة 1956.

4 - القانون رقم 48 لسنة 1946.

5 - القانون رقم 01 لسنة 2000.

6 - أبو العينين: تاريخ الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 106 و 107.

7 الأشقر، عمر سليمان: تاريخ الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 187.

ثالثا- ظهور الموسوعات الفقهية:

حيث مست الحاجة في هذا العصر إلى وجود مؤلفات شاملة، ودوائر معارف في الفقه، بلغة تجافي التعقيد والاختصار، ويتيسر بها الوصول إلى أقسام المسائل وفصولها، بأبسط لفظ، وأيسر ضبط، وأسهل فهم.

ومن نماذج الانجازات التطبيقية في هذا الميدان:¹

- الموسوعة الفقهية الصادرة عن وزارة الأوقاف المصرية 1961م.

- الموسوعة الفقهية الصادرة عن وزارة الأوقاف الكويتية 1967م.

رابعا- ابتناء النظريات الفقهية:

والمقصود بالنظرية الفقهية: "المفاهيم الكبرى التي يؤلف كل منها على حدة نظاما حقوقيا موضوعيا في الفقه الإسلامي، ومتحكما في كل ما يتصل بموضوعه كنظرية العقد، والملكية، والأهلية، والالتزام..."².

خامسا- تكريس الاجتهاد الجماعي وإنشاء المجامع الفقهية :

نشط العلماء في إحياء المنهج الجماعي للاجتهاد في مؤسسات تتكامل فيها الجهود، وتتآزر المعارف، حتى يصدر الحكم في النوازل عن نظر شامل، وترجيح كامل، وتقصيد جامع، بما يجدد من مسائل دقيقة، وقضايا عويصة، ينوء بها جهد المجتهد الفرد، ويكل دونها عقل الخبير الواحد، فكان لا بد من التكامل بينهما.

وأشهر هاته المجامع:

- مجمع البحوث الإسلامية في الأزهر 1381هـ.

- المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي 1398هـ.

- مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي 1405هـ.

- مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا.

- مجمع الفقه الإسلامي بالهند 1988م.

- المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث 1997م.

- مجمع الفقه الإسلامي بالسودان 1422هـ.

سادسا- انفتاح الاجتهاد القضائي في الدول العربية على التراث الفقهي:

¹ - دردور، إلياس: تاريخ الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج 2، ص 349، وما بعدها.

² - الأشقر، عمر سليمان: تاريخ التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص 187.

انفتاحه على التراث الفقهي - بمختلف مذاهبه - والانتهاك منه في الأنظمة التي ينظرها بشأن مسائل الأسرة بتوقيع الأحكام الملائمة عليها¹.

المطلب الثالث: مشروعية الاجتهاد التنزيلي وأهميته

ظهر من خلال بحثنا للنطاق الدلالي الذي يكتنزه مفهوم الاجتهاد التنزيلي أنه منهج أصيل في الشرع الإسلامي، فهو قرين الاجتهاد الاستنباطي، وهو الآلة الضامنة لضبط منهج التطبيق الفعلي لقواعد الشريعة وأحكامها الغراء على الواقع الحي بما يكتنفه من حيثيات وملايسات، وعليه فلا بد - بعد ذلك - من التذليل بالحجاج القرآنية، والأدلة السنية، والقواعد العقلية التي تبين عن هذه المشروعية، وتزكي تلك الأصالة التي يتسم بها هذا النوع من الاجتهاد وتحجج لعراقته، فضلا عن إبراز تصاريف الأهمية التي يكتنفها من جهة التمثل والإجراء والتطبيق.

الفرع الأول: مشروعية الاجتهاد التنزيلي

أولا - من القرآن الكريم:

لما كان القرآن الكريم غاية الشريعة، وعمدة الملة، ونبوع الحكمة، وآية الرسالة فإن ابتناء نظمه قد صيغ - من الشارع عز وجل - في قالب جمعي يتقوم به نظامه الكلي، في شكل مختصر عام ومطلق، وفق قواعد ومفاهيم كلية، تمت بنزولها الشريعة، واكتمل بوحياها الدين، لقوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾². مقتضى هذا الكمال التشريعي لا يعني أن يختص النظم القرآني بالنص على الأحكام الجزئية المشخصة والمفردة زمانا ومكانا وحالا، إذ ذلك من قبيل الاستحالة، لمحدودية النصوص وعدم حصر الحوادث والنوازل، فلكل معين من الوقائع خصوصية ليست في غيرها، ولو في نفس التعيين، بيد أن ذلك لم يمنع أن يجوي القرآن بعض الشواهد العامة، والمقاطع التفصيلية الجزئية التي تشهد بمشروعية الاجتهاد التنزيلي في الشريعة الإسلامية، وتدلل وتحجج على وثاقه مكانته، وعلو منزلته في التشريع الإسلامي، وثبته - في مجملها - عن أصالة مسلك التنزيل في المفهوم القرآني. ومن نظائر هاته الإبانة:

1- مراعات القرآن لواقع الناس وأحوالهم:

¹ - تاغلايت، حورية: الفقه الإسلامي بين الإحالة والتجديد، مرجع سابق، ص 61.

² - [سورة المائدة: الآية 03]

فقد ثبت أن المهدي القرآني سار على إثبات كليات الدين وقواعده العظيمة بمكة، فدعا أولاً إلى تقرير الإيمان بالله وتوحيده، ونبذ الشرك به، والإيمان برسوله، واليوم الآخر، وتبعه - في ذلك - ما هو من الأصول كالصلاة وإنفاق المال، كما أمر بمكارم الأخلاق كلها؛ عدلاً وإحساناً ووفاء وعفواً وغيرها، ونهى عن مساوئ الأخلاق ومهاوي الفسق والفجور؛ فحشاً ومنكراً ووأداً وبغياً وغيرها. ثم لم يلبث النظم القرآني بعد الهجرة، واتساع خطة الإسلام، واستقرار الأصول الإيمانية ورسوخها في النفوس، أن أكمل الأصول المعاملاتية؛ بنصه على أحكام العبادات والمعاملات والحدود، وأسس لنظام الأسرة والموارث، ومدّ الروابط والصلات الاجتماعية، وأصل لقواعد الحكم ومسائل التشريع، ونصّ على الرخص والتخفيفات، وما أشبه ذلك مما هو مكمل للأصول الكلية¹. وليس ذلك الاختلاف والتباين إلا مراعات لأوضاع الزمن المتغير من ضعف الإسلام إلى قوته، وأحوال الواقع المتباين للمسلمين في مكة عنه في المدينة المنورة، ف "المشروعات المكية - وهي الأولية - كانت في غالب الأحوال مطلقة غير مقيدة، وجارية على ما تقتضيه مجاري العادات عند أرباب العقول، وعلى ما تحكمه قضايا مكارم الأخلاق، من التلبس بكل ما هو معروف في محاسن العادات، والتباعد عن كل ما هو منكر في مساوئ العادات، فيما سوى ما العقل معزول عن تقريره جملة من حدود الصلوات وما أشبهها، فكان أكثر ذلك موكولاً إلى أنظار المكلفين في تلك العادات، ومصروفاً إلى اجتهادهم ليأخذ كل بما لاق به وما قدر عليه من تلك المحاسن الكليات، وما استطاع من تلك المكارم في التوجه بها للواحد المعبود... إلا أن خطة الإسلام لما اتسعت، ودخل الناس في دين الله أفواجا ربما وقعت بينهم مشاحات في المعاملات، ومطالبات بأقصى ما يحق لهم في مقطع الحق، أو عرضت لهم خصوصيات ضروريات تقتضي أحكاماً خاصة، أو بدرت من بعضهم فلتات في مخالفة المشروعات، وارتكاب الممنوعات، فاحتاجوا عند ذلك إلى حدود تقتضيها تلك العوارض الطارئة، ومشروعات تكمل لهم تلك المقدمات، وتقييدات تفصل لهم بين الواجبات والمندوبات والمحرمات والمكروهات؛ إذ كان أكثرها جزئيات لا تستقل بإدراكها العقول السليمة، فضلاً عن غيرها، كما لم تستقل بأصول العبادات وتفصيل التقربات، ولا سيما حين دخل في الإسلام من لم يكن لعقله ذلك النفوذ من عربي أو غيره، أو من كان على عادة في الجاهلية وضري على استحسانها فريقه، ومال إليها طبعه، وهي في نفسها على غير ذلك"².

2- اعتماد القرآن سنن التدرج في تنزيل التشريع:

فقد ثبت تنزل القرآن منجماً خلال عشرين سنة، ولذلك أسرار جليلة وحكم عظيمة، ليس أقلها تربية النفوس، وتهدئة القلوب، وتهيئة الناس لتقبل الدين على فترات، ولذلك " وضعت العمليات على وجه لا

¹ - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 3، ص 336.

² - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 5، ص 234 و 235.

تخرج المكلف إلى مشقة يمل بسببها، أو إلى تعطيل عاداته التي يقوم بها صلاح دنياه، ويتوسع بسببها في نيل حظوظه، وذلك أن الأمي الذي لم يزاول شيئاً من الأمور الشرعية ولا العقلية - وربما اشمأز قلبه عما يخرج عن معتاده - بخلاف من كان له بذلك عهد، ومن هنا كان نزول القرآن نجوماً في عشرين سنة، ووردت الأحكام التكليفية فيها شيئاً فشيئاً ولم تنزل دفعة واحدة، وذلك لئلا تنفر عنها النفوس دفعة واحدة. وفيما يحكى عن عمر بن عبد العزيز أن ابنه عبد الملك قال له: «ما لك لا تنفذ الأمور؟ فوالله ما أبالي لو أن القدور غلت بي وبك في الحق». قال له عمر: «لا تعجل يا بني، فإن الله ذم الخمر في القرآن مرتين، وحرّمها في الثالثة، وإني أخاف أن أحمل الحق على الناس جملة، فيدفعوه جملة، ويكون من ذا فتنة»¹

2

كما أن فيه مسابرة لجديد الحوادث وطارئ الوقائع، فينزل المشرع ليبين الحكم بما يناسب ويوافق كل حادثة أو واقعة في عين زمنها، وذات واقعها الذي تلبست فيه، وتلك لطيفة قرآنية تعلم المسلمين الثبوت من النوازل، وحسن تصورهما، وفقه واقعها على ما هي عليه في زمنها ومكانها المشخصين، ليتحقق التنزيل الصائب على وجهه الأكمل والأنسب.

3- جري سريان الأحكام القرآنية على معهود الناس:

جاءت الأدلة الشرعية المنزلة بالكتاب بما هو متعلق للناس في أذهانهم، وما هو معهود في عاداتهم، ومتقبل في أعرفهم، ليكون أدعى إلى الاستئناس والانقياد، وهذا مسلك على قدر عظيم من الأهمية في التشريع وتطبيق الأحكام، لأن فيه مراعات لحال المكلف وقدرته على الدوام، فيما سيدخل عليه من التكليف، والناس في ذلك ليسوا على وزن واحد، ويدل الشاطبي على صحة هذا المعنى بالاستقراء العادي، فيقول: " فكان ما كان أجرى بالمصلحة وأجرى على جهة التأنيس، وكان أكثرها على أسباب واقعة، فكانت أوقع في النفوس حين صارت تنزل بحسب الوقائع، وكانت أقرب إلى التأنيس حين كانت تنزل حكماً حكماً، وجزئية جزئية؛ لأنها إذا نزلت كذلك، لم ينزل حكم إلا والذي قبله قد صار عادة، واستأنست به نفس المكلف الصائم عن التكليف وعن العلم به رأساً، فإذا نزل الثاني كانت النفس أقرب للانقياد له، ثم كذلك في الثالث والرابع... وإذا اعتادت النفس فعلاً من أفعال الخير حصل له به نور في قلبه، وانشرح به صدره، فلا يأتي فعل ثانٍ إلا وفي النفس له القبول... لأن هذا كله أقرب إلى الانقياد، وأسهل في التشريع للجمهور"³.

1 - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع نفسه، ج 2، ص 148.

2 - ابن عبد الحكيم، عبد الله، سيرة عمر بن عبد العزيز، عالم الكتب، لبنان، ط 6، 1404هـ، ص 57.

3 - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 2، ص 149، 150.

ثانياً - من السنة النبوية :

تضمنت السنة جملة شواهد تفصيلية وأحكام جزئية، تحجج على مشروعية الاجتهاد التنزيلى، كمسلك نظري تطبيقي مهم في تطبيق الشريعة، ومن هاته النماذج:

1 - تعدد الإجابات النبوية على السؤال الواحد:

فقد سئل النبي ﷺ في مواطن شتى عن الخيرية والأفضلية في الأعمال، بيد أن إجاباته و تعريفاته جاءت متباينة ومختلفة؛ بحيث أنه لو حمل كل جواب أو تعريف منها "على إطلاقه أو عمومه، لاقتضى مع غيره التضاد في التفضيل"¹، غير أن التحقيق الخاص يكشف أن بُغية صاحب الشريعة عليه السلام من هذا التباين هو مراعات نفوس السائلين وأحوالها المختلفة، وحملها على ما يليق بها بحسب مكتنفات فقه الواقع، ومقتضيات واجب الوقت²، وفيما يلي نتف بيّنة لذلك:

أ - إختلاف الأجوبة النبوية على أفضلية الأعمال:

- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: سئل النبي ﷺ: «أي الأعمال أفضل؟ قال: «إيمان بالله ورسوله»، قيل ثم ماذا؟ قال: «جهاد في سبيل الله»، قيل ثم ماذا؟ قال: «حج مبرور»³.

- عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: «سألت رسول الله ﷺ، أي الأعمال أفضل قال: «الصلاة لوقتها»، قال: قلت ثم أي؟ قال: «بر الوالدين»، قال: قلت ثم أي؟ قال ﷺ: «الجهاد في سبيل الله»، فما تركت أستزيده إلا إرعاء عليه»⁴.

- عن أبي أسامة رضي الله عنه قال: «أتيت رسول الله ﷺ فقلت: مرني بأمر آخذه عنك، قال: «عليك بالصوم، فإنه لا مثل له»⁵.

- عن عائشة قالت: «سئل رسول الله ﷺ أي الدعاء أفضل؟ قال: «دعاء المرء لنفسه»⁶.

- عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، أن النبي ﷺ، قال: «ما أعطي أحد عطاء خيراً وأوسع من الصبر»¹، وقد ورد هذا الحديث في قوم من الأنصار سألوا رسول الله ﷺ فأعطاهم، ثم سألوه فأعطاهم، حتى نفذ ما

1 - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع نفسه، ج5، ص25.

2 - بلخير، عثمان: البعد التنزيلى في التنظير الأصولي عند الإمام الشاطبي، مرجع سابق، ص121.

3 - البخاري: الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب الحج، باب فضل الحج المبرور، ج2، ص133.

4 - مسلم، صحيح مسلم، مرجع سابق، كتاب الإيمان، باب كون الإيمان بالله تعالى، أفضل الأعمال، ج1، ص89.

5 - النسائي: السنن الكبرى، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط1، 2001م، كتاب الصيام، باب ذكر الاختلاف على محمد بن أبي يعقوب في حديث

أبي أسامة، ج3، ص133.

6 - البخاري: الأدب المفرد، باب فضل الدعاء، ص249. الحاكم، المستدرک على الصحيحين، مرجع سابق، كتاب الدعاء، ج1، ص727.

وقال الحاكم " هذا الحديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه".

عنده ﷺ، فلما تبين له عليه السلام من إلحاحهم وإلحافهم، وافتقارهم إلى القناعة والرضا، فاقتضى التحقيق أن يوجهوا -تبعاً للمناط- إلى مداواة نفوسهم، بالاصطبار والتصبر بعز الطاعة وحرية النفس، فهو الأليق بمثل هذه الحال والأنسب لها، وهكذا في سائر الأحاديث إذ لم يتفصد التوجيه النبوي، ولم يتقصد عملاً بعينه ولا فعلاً دون غيره بإطلاق، بل كان الأمر مناطاً بالحال والمآل والزمن².

ب - إختلاف الأجوبة النبوية عن الخيرية:

- فقد سئل النبي ﷺ عن أفضل العباد وخير الناس، فكان جوابه يختلف بحسب أحوال السائلين، وما يتلبس بهم من ظروف وما يتكشف من نواياهم، ومن شواهد ذلك:
- عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ «أي المسلمين خير؟ قال: «من سلم الناس من لسانه ويده»³.
- عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ: «أي الإسلام خير؟ قال: «تطعم الطعام، وتقرأ السلام على من عرفت ومن لم تعرف»⁴.
- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال رسول الله ﷺ: «أكمل المؤمنين إيماناً أحسنهم، وخياركم خياركم لنسائهم»⁵.
- عن عثمان بن عفان رضي الله عنه عن النبي ﷺ، قال: «خيركم من تعلم القرآن وعلمه»⁶.

2 - إختلاف أديته لأصحابه:

فقد ثبت في الصحيح أن النبي ﷺ دعا لأنس بن مالك رضي الله عنه بكثرة المال ولين العيش، لما رأى فيه "متانة الدين وقوة النفس، وأنه سيجعل المال في يده لا في قلبه، يتخذه وسيلة لخدمة الإسلام والمسلمين، لا درك فتنة يسقط فيه، فبورك له فيه"⁷.

1 - البخاري: الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب الزكاة، باب الاستغفار عن المسألة، ج2، ص122.

2 - جحيش، بشير: في الاجتهاد التنزيلى، مرجع سابق، ص16.

3 - مسلم، صحيح مسلم، مرجع سابق، كتاب الإيمان، بيان باب تفاضل الإسلام، وأي سورة أفضل، ج1، ص65.

4 - البخاري: الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب الإيمان، باب إطعام الطعام في الإسلام، ج1، ص12.

5 - ابن حبان، صحيح ابن حبان، كتاب النكاح، باب معاشره الزوجين، ج9، ص483. أحمد، مسند أحمد، حديث عبد الرحمان بن أبي بكر، ج07، ص208. الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الرضاع، باب ما جاء فيه، حق المرأة على زوجها، ج3، ص458، وقال حديث أبي هريرة هذا حديث حسن صحيح.

6 - البخاري: الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب فضائل القرآن، باب خيركم من تعلم القرآن وعلمه، ج6، ص132.

7 - جحيش، بشير: في الاجتهاد التنزيلى، مرجع سابق، ص16.

بينما أعرض عليه السلام عن ثعلبة بن حاطب، حين طلب إليه أن يدعو له بكثرة الرزق والغنى، خشية الافتتان بالدنيا والاعتزاز بزخرفها، والتعلق بشهواتها، فقال عليه السلام: «ويحك يا ثعلبة، قليل تؤدي شكره خير من كثير لا تطيقه»¹.

3- مراعات أحوال الصحابة رضي الله عنهم من حيث القدرة على التكليف:

فالمعروف في الشرع أن كفالة اليتيم والقيام بشؤونه، من أعظم القربات وأفضل الطاعات التي يرتجى بها القرب من الله عز وجل، ونيل شرف صحبة رسول الله صلى الله عليه وسلم في الجنة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا، وأشار بالسبابة والوسطى، وفرج بينهما شيئاً»².

غير أن ذلك لم يحجر النبي صلى الله عليه وسلم دون منع أبي ذر رضي الله عنه من تولي مال اليتيم والقيام عليه، لتخلف المصلحة في ذلك، بتحقيق عجز أبي ذر وضعفه عن النهوض بكفلها وأعبائها، مما علمه رسول الله صلى الله عليه وسلم من شخص صاحبه، وقدرته الجسدية أو النفسية في ذلك، فكان الحق يقتضي فيه الإرشاد إلى اجتناب هاته الولاية رغم عظم فضلها - لعدم تحقق مناطها فيه - فقد ورد في الصحيح عن أبي ذر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له: «يَا أَبَا ذَرٍّ، إِنِّي أَرَاكَ ضَعِيفًا، وَإِنِّي أُحِبُّ لَكَ مَا أُحِبُّ لِنَفْسِي، لَا تَأْمُرَنَّ عَلَيَّ اثْنَيْنِ، وَلَا تَوَلَّيَنَّ مَالَ يَتِيمٍ»³، وذات الحال يمكن أن يقال على تولي مناصب الوزارات وولايات الإمارات، وغيرها من المسؤوليات التي يقوم مناطها على قدرة الحفظ وقوة النفس، ومن "وثق من نفسه بالقوة والقدرة وحفظها عما لا يحل من الإفراط والتفريط، فإنه يندب في حقه أو يجب"⁴، إذا لم يوجد لها غيره.

ثالثاً- من المعقول:

1 - جريان الشريعة على العموم العادي في ضبط الخلق إلى القواعد التشريعية العامة ووضعها على مقتضى الغالب، لا العموم الكلي الذي لا يتخلف عنه جزئي ما، إذ أن الواقع بمناحيه المتشعبة، وجزئياته المعاندة، وشخص أفراده المتباينة تمنع "أن يشرع الله أحكامه العامة وفق ظروف صنف، ولا أقوال جنس؛ فالناس في المرض والقدرة والمشقة مختلفون، وفي الاستطاعات متباينون"⁵، وإذا ثبت هذا "ظهر أنه لا بد من إجراء العمومات الشرعية على مقتضى الأحكام العادية، من حيث هي منضبطة بالمظنات، إلا إذا ظهر

¹ - الطبراني: المعجم الكبير، مرجع سابق، ج8، ص218، البيهقي: شعب الإيمان، كتاب الإيفاء بالعقود، ج6، ص198، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد، فيه على بن يزيد الأحماني وهو متروك، ينظر الهيثمي، مجمع الزوائد، مرجع سابق، ج07، ص32.

² - البخاري: الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب اللعان، ج7، ص53.

³ - مسلم، صحيح مسلم، مرجع سابق، كتاب الإمارة، باب الكراهية بغير ضرورة، ج03، ص1826.

⁴ - الأمير، محمد بن إسماعيل، التنوير شرح الجامع الصغير، مكتبة دار السلام، السعودية، ط1، 1432هـ، ج04، ص314.

⁵ - بلخير، عثمان: البعد التنزيلي في التنظير الأصولي عند الإمام الشاطبي، مرجع سابق، ص107.

معارض؛ فيعمل على ما يقتضيه الحكم فيه"¹، ومثل الشاطبي لذلك بتعليق " حد الزنا على الإيلاج، وإن كان المقصود حفظ الأنساب، فيحد من لم ينزل لأن العادة الغالبة مع الإيلاج الإنزال"².

2 - تشريع التخفيفات ومراعات الرخص لأصحاب الأعذار الخاصة، فالرخصة بحسب الشاطبي: "ما شرع لعذر شاق استثناء من أصل كلي يقتضي المنع، مع الاقتصار على مواضع الحاجة فيه"³. وهي ليست من كليات الحكم، بدليل أنها غير مشروعة ابتداء، فتقدر قدرها، بحسب المشقة النازلة، وتضبط بزمن الحاجة إليها، وفي التخفيف مراعات تشريعية لأحوال استثنائية، قد تلبس واقع المكلف، فتقلب الحكم الأصلي الواجب للحال العادية، إلى الحكم الاستثنائي المرصود لتلك الأوضاع الطارئة.

3 - مراعات الطبع الإنساني في سنن الأحكام: فالثابت أن شريعة الله جارية في مطلوباتها على ضربين: " أحدهما: ما كان شاهد الطبع خادما له ومعينا على مقتضاه، بحيث يكون الطبع الإنساني باعثا على مقتضى الطلب؛ كالأكل، والشرب، والوقاع، والبعد عن استعمال القاذورات من أكلها والتضخم بها، أو كانت العادة الجارية من العقلاء في محاسن الشيم ومكارم الأخلاق موافقة لمقتضى ذلك الطلب من غير منازع طبيعي؛ كستر العورة، والحفظ على النساء والحرم، وما أشبه ذلك"⁴، وضرب آخر ليس للإنسان فيه خادم طبيعي باعث على مقتضى الطلب، والذي جزم الشرع فيه بالأوامر والنواهي - باعتبارها - تكاليف يقتضي سنن أحكامها وقوع الطلب فيها على ذلك النحو، بخلاف القسم الأول، والذي غالبا ما يكتفي الشارع في طلبه بمقتضى الجبلة الطبيعية والعادات الجارية، فلا يؤكد - مثل نده السالف - حوالة على الوازع الباعث على الموافقة دون المخالفة، وإن كان في نفس الأمر متأكدا، فإذا كان المكلف في مظنة مخالفة الطبع، أمر ونهي حتى يرجع إلى الأصل من الطلب الجازم، وذلك فيما لم يأت نص جازم بطلب؛ كالأكل والشرب واللباس الواقى من البرد والنكاح الذي به دوام النسل وغيرها⁵.

ومقطع ارتباط هذا الأصل بالاجتهاد التنزيلى يتأتى من مراعات المحل، ومجاراتة الجبلة، والجري على الأصول الفطرية للإنسان، وكلها قواعد مرعية في تنزيل الأحكام، وإسقاطها على محلها المناسبة لها، فلا تتأكد ملاءمة الإسقاط إلا بمراعات هاته المناحي الواقعية، والبواعث الجبلية، والأعراف العهدية لدى محل التنزيل "المكلف"⁶.

¹ - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج4، ص15.

² - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع نفسه، ج4، ص17.

³ - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع نفسه، ج1، ص466.

⁴ - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع نفسه، ج3، ص386.

⁵ - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج3، ص387.

⁶ - بلخير، عثمان: البعد التنزيلى في التنظير الأصولي عند الإمام الشاطبي، مرجع سابق، ص107.

4- قيام الشريعة على رفع الحرج والتيسير، فإذا كان مبنى الدين على السماحة والتيسير واللين، فإن التكاليف فيه قائمة على رفع الحرج، ودفع المشقة، والتوسعة على المكلف، لقوله تعالى: ﴿ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ ﴾¹، وقوله أيضا: ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾²، وقوله أيضا: ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ ﴾³، وقوله ﷺ: «إنما بعثتم ميسرين ولم تبعثوا معسرين»⁴، ورفع الإعنات والشقة عن المكلف دليل مراعات حاله في التكليف، واعتبار مكنتفات العوارض الملايسة له في ذلك، لتكون التصرفات الحاصلة له في الواقع -بالجملة- تحت قهره، ويكون في ترفه وسعة حال دخوله ربة التكليف، بما يحقق له المصلحة والخير، ويعينه على أداء الواجبات، والقيام بصنوف التكليفات⁵، وهذا أصل عظيم من أصول النظر الاجتهادي التنزيلي الذي يدرس حال ونفسية وقدرة الأشخاص على التكليف، ويراعي ظروفهم الملايسة، وعوارض أحوالهم المكتنفة؛ فيسقط عليهم من الأعمال ما يضمن الإتيان به على كماله، ويتحصل به عدم التقصير في أداء باقي الوظائف العملية المتعلقة به وبغيره من المكلفين. ولذلك ورد النهي النبوي عن التبتل، والانكفاء على العبادة، والاعتكاف لها على الدوام، لأن فيه قطعاً لحقوق الغير من طلب الرزق، والإنفاق، والإحصان وغيرها من الواجبات المتأكدة.

الفرع الثاني: أهمية الاجتهاد التنزيلي

إن الغاية القصوى من تشريع الدين وإنزال الكتب والرسائل هو تمثل السياسات التشريعية المتضمنة بتلك الرسائل في الحقيقة الواقعية وتقمصها لجنابات حياة المكلفين وبسط نفوذ أحكامها على أفعالهم في جميع شعاب الحياة ومناحيها المختلفة، وهو عين المقصود من أعمال الاجتهاد التنزيلي بناء على ما تحقق من فهوم نظرية للنص المراد تنزله على الوقائع الحادثات، فهو يشكل الشق التطبيقي للرسالة المنزلة، وبه - وحده - يتجسد التخطيط الفعلي والبرمجة الملموسة لبسط الدين على أفانين واقع الحياة، ومنهجة سلوك الناس وتقوم تصرفاتهم على النحو المراد له تحقيق الحكم والمقاصد الشرعية التي فيها خيرهم ومصالحتهم في الحال والمعاد⁶.

فلاجهاد التنزيلي - بهذا الكيف - ضرورة شرعية وحكمة تشريعية اقتضتها الإرادة الربانية، وعليها مدار أصل التكليف؛ فلا يتصور انقطاع هذا النوع من الاجتهاد إلى فناء الدنيا لأن ارتفاعه يعني انقطاع التكليف

¹ - [سورة المائدة: الآية 06]

² - [سورة الحج: الآية 78]

³ - [سورة البقرة: الآية 286]

⁴ - البخاري: الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب الوضوء، باب حب الماء على البول في المسجد، ج1، ص54.

⁵ - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج2، ص204 وما بعدها.

⁶ - مونة، عمر: الاجتهاد الاستثنائي وأهميته في تنزيل الأحكام الشرعية، رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية، الأردن، 2008، ص72.

من أساسه، وهو عين المحال كما قرر ذلك الشاطبي في موافقاته¹. لأن هذا النظر هو سبيل تطبيق الشريعة وطريق هدايتها للوقائع التي تفور بها الحياة الإنسانية، والنوازل التي تموج بها دنيا اليوم، فهو -وحده- الضامن لديمومة الشرع واستمراريته ومظهر ضلوحيته في حكم واقع الناس في كل زمان ومكان²؛ إذ أن "الشرائع جاءت بالأحكام الكلية، مثل إيجاب الزكوات، وتحريم البنات والأخوات، ولا يمكن أمر أحد بما أمره الله به، ونهيه عما نهاه الله عنه، إن لم يعلم دخوله في تلك الأنواع الكلية، وإلا فمجرد العلم بها، لا يمكن معه فعل مأمور ولا ترك محظور، إلا بعلم معين، بأن هذا المأمور داخل فيما أمر الله به، وهذا المحظور داخل فيما نهى الله عنه"³.

ولا يتحقق هذا العلم بالدخول تحت هذا الكلي أو ذاك إلا بآلة الاجتهاد التطبيقي وسلوك مسالك التنويط تحقيقاً على الوجه العام والخاص، خصوصاً وأن نصوص الشرع محصورة معدودة، وحوادث الدهر ونوازله مفتوحة وغير محدودة⁴، ف"الجزئيات الخاصة، كالجزئي الذي يمنع تصوره من وقوع الشركة فيه، مثل ميراث هذا الميت، وعدل هذا الشاهد، ونفقة هذه الزوجة، ووقوع الطلاق بهذا الزوج، وإقامة الحد على هذا المفسد، وأمثال ذلك. فهذا مما لا يمكن لا نبيا ولا إماما ولا أحدا من الخلق أن ينص على كل فرد فرد منه؛ لأن أفعال بني آدم وأعيانهم يعجز عن معرفة أعيانها الجزئية علم واحد من البشر وعبارته، لا يمكن بشر أن يعلم ذلك كله بخطاب الله له، وإنما الغاية الممكنة ذكر الأمور الكلية العامة"⁵.

بيد أن أهمية الاجتهاد التنزيلي لا تتوقف عند إسقاط الأحكام الشرعية على محالها الجزئية وفق ما تفصد عنه النظر الاستنباطي، بل لا بد وأن يتوافر لهذا الإسقاط ملائمة المقصد والغاية والحكمة⁶، وإلا لعاد أصل هذا التنزيل بالمناقضة لشرع الله والمصادمة لمقاصده بما هو منه براء، وكل "تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل"⁷. وبذلك وحده يتحقق لشرعة الله الخلود والديمومة في كل الأعصار والأمصار بما يسعد الناس ويحفظ مذهبهم ويرعى مصالحهم⁸.

1 - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 5، ص 11.

2 - تلوت، جميلة: فقه التنزيل عند الامام ابن تيمية، مرجع سابق، ص 92.

3 - ابن تيمية: درء تعارض العقل والنقل، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، ط 2، 1991م، ج 10، ص 172.

4 - النجار، عبد المجيد: خلافة الإنسان بين الوحي والعقل، مرجع سابق، ص 116.

5 - ابن تيمية: منهاج السنة النبوية، مرجع سابق، ج 6، ص 413.

6 - النجار، عبد المجيد: خلافة الإنسان بين الوحي والعقل، مرجع سابق، ص 117.

7 - العز، بن عبد السلام: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، د.ط، 1991م، ج 2، ص 143.

8 - مونة، عمر: الاجتهاد الاستثنائي وأهميته في تنزيل الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص 72.

المبحث الثاني: الضوابط المنظمة للاجتهاد التنزيلى في الفقه الإسلامى

تبرز أهمية الاجتهاد التنزيلى أكثر مع هذا الكم الجارف من الظروف المتجددة والملابسات المتغيرة التي تنبؤ عن كل حصر أو إحاطة، وحتى يكون هذا النمط من الاجتهاد موفقاً في أهدافه، صائبا لغاياته لا بد له من توافر أصول وضوابط تقي تطبيقاته على أرض الواقع من مزلات الخطأ، وتعصمها من مهاوي العنت الذي يلحق مصالح الحياة ومقاصدها¹. ولا يتأتى ذلك إلا باتباع مناهج محكمة، وأصول مُحَررة، وقواعد أصيلة للربط بين النص والواقع، وتنزيل الأحكام من أفقها التجريدي والتنظيري إلى محلها الواقعي والتطبيقي²، وهو ما سندرسه فيما يلي من مطالب:

¹ - جحيش، بشير: في الاجتهاد التنزيلى، مرجع سابق، ص 42.

² - الكيلاني، عبد الرحمن: تحقيق المناط عند الأصوليين وأثره في اختلاف الفقهاء، مرجع سابق، ص 73.

المطلب الأول: مدارك الاجتهاد التنزيلى

تتقوم العملية التنزيلية للأحكام الشرعية على ملائمتها من الأوضاع الواقعية المتشعبة بجملة ضوابط منهجية، تتحدد بها مداركها التشريعية وتتصوب بها خططها الإجرائية على المستوى الفردي والجماعي؛ وهي في الجمل قائمة على تدقيق التصور لجزيئات هذه الوقائع وحصرها وفرزها وتجريدها (الفرع الأول)، تمهيدا لتخليصها من الشوائب غير الوظيفية في التأثير الحكمي من خلال عملية التكييف (الفرع الثاني)، ليخلص القائم بالتنزيل - في الأخير - إلى بذل جامّ وسعه في انتقاء أحسن الأحكام وأليقها بتلك الأوصاف الحكمية المستخلصة ليسقطها عليها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: التصور الصحيح للنازلة

إن تحقيق التمثيل الفعلي لأحكام الشرع في واقع الناس يستلزم الإحاطة الواعية، والفهم العميق للنازلة ومبحث تفاصيل كنهها، كما أن وعي الفقيه بمقام الواقعة، واستيعاب تصرفات المكلفين على حقيقتها، يستلزم منه إدراك مواطن الإعضال، واستفصال مواضع السؤال، وتحرير محالّ الإشكال منها¹. ولبحث هذا الفرع لابد من بيان الجانب المفاهيمي لموضوع تصور النازلة على النحو التالي:

أولاً: تعريف النازلة

1 - تعريف النازلة لغة :

النازلة في اللغة من النزول بمعنى الحلول والوقوع²، يقول ابن فارس في مقاييسه: "النون والزاي" كلمة صحيحة تدل على هبوط الشيء ووقوعه³، يقال نزل المطر من السماء إذا وقع، ونزل به الآخر إذا حل⁴، والنازلة

الواقعة الشديدة من شدائد الدهر تنوب الناس وتفدحهم، وجمعها نوازل¹.

¹ - الجويني: غياث الأمم في التياث الظلم، مكتبة إمام الحرمين، السعودية ط 2، 1401هـ، ص300، 301.

² - ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، ج11، ص656.

³ - ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ج5، ص417.

⁴ - ابن سيده، أبو الحسن: المحكم والمحيط الأعظم، مرجع سابق، ج9، ص47.

ومنه قول الشاعر: لرب نازلة يضيق بها الفتى ذرعاً وعند الله منها المخرج²

2 - تعريف النازلة اصطلاحاً:

للنازلة في اصطلاح الفقهاء معنيان اثنيان:

الأول: ويراد بها مجموع الفتاوى والوقائع التي تقتضي النظر الاجتهادي، لاستييان حكمها بصرف النظر عن جدتها أو قدمها، شيوعها أو ندرتها³، وهذا المعنى هو الذي كان سائدا لدى أغلب القدامى من علماء الشرع⁴.

الثاني: انصراف معنى النازلة إلى الوقائع المستجدة التي لم يسبق إلى بحثها واستنباط حكمها، وهذا هو المعنى المتبادر لدى العلماء والباحثين المعاصرين⁵، بحسب ما تشي به تعاريفهم؛
- فمفسر القحطاني يعرفها على "أنها الوقائع الجديدة التي لم يسبق فيها نص أو اجتهاد"⁷.
- أما حاتم السامرائي فيحددها بـ: "الحوادث المستجدة التي تتطلب أحكاما شرعية"⁸.
- وهي عند وسيلة خلفي "كل واقعة تعلقت بتصرفات المكلفين، واحتاجت إلى اجتهاد في تنزيل الحكم الشرعي المتعلق بها"⁹.

- وعند عبد الحق حميش: "علم بالأحكام الشرعية المتعلقة بالقضايا المعاصرة"¹⁰.

- وعرفها الجيزاني: "بأنها ما تستدعي حكما شرعيا من الوقائع المستجدة"¹¹.

-
- 1 - ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، ج11، ص659. الفيروز ابادي، مجد الدين: القاموس المحيط، مرجع سابق، ص773.
 - 2 - التنوخي: الفرج بعد الشدة، دار صادر، لبنان، د.ط، 1978، ص 15. أبو عبيد، عبد الله: سمط اللآلي في شرح أمالي القاضي، دار الكتب العلمية، لبنان، د.ط، د.ت، ج 1، ص 954.
 - 3 - القحطاني، مسفر: منهج استخراج الأحكام الفقهية للنازل المعاصرة، مرجع سابق، ج01، ص92، 93. أبو البصل، عبد الناصر: المدخل إلى فقه النوازل، البعث اليرموك، الأردن، ع 1، 1997م، ص602. الضويحي، النوازل الأصولية، ص09. منشور على الموقع: <https://units.imamu.edu.sa/colleges/sharia/Documents/.../النوازل%20الأصولية.pdf> .2013/12/20 تاريخ الاطلاع
 - 4 - الشافعي: الرسالة، مكتبة الحلبي، مصر، د.ط، 1940م، ص512.
 - 5 - أبو البصل، عبد الناصر: المدخل إلى فقه النوازل، مرجع سابق، ص602 و603. حميش، عبد الحق: مدخل إلى فقه النوازل، ص6. منشور على الموقع: <https://kantakji.com/media/5611/3024.doc> .2013/12/21 تاريخ الاطلاع
 - 6 - الضويحي، النوازل الأصولية، مرجع سابق، ص 10.
 - 7 - القحطاني، مسفر: منهج استخراج الأحكام الفقهية للنازل المعاصرة، مرجع سابق، ج1، ص95.
 - 8 - السامرائي، حاتم أحمد عباس: النوازل في مسلك العصر الحديث، مجلة كلية البنات للعلوم الإنسانية، العراق، مج7، ع 27، السنة 7، 2011، ص03.
 - 9 - خلفي، وسيلة: فقه التنزيل، مرجع سابق، ص 205.
 - 10 - حميش، عبد الحق: مدخل إلى فقه النوازل، مرجع سابق، ص06.
 - 11 - الجيزاني: فقه النوازل، دار بن الجوزي، السعودية، ط 2، 2006م، ج 1، ص24.

وبالنظر إلى جملة هذه التعريفات يتضح أن النازلة لا بد وأن تجتمع لها الخصائص التالية:¹

أ- **الوقوع**: أي حلول الواقعة وحصولها، وهذا القيد مخرج للقضايا غير النازلة التي تبقى محصورة في دائرة الافتراض، والتي يغلب عليها بُعد إمكان وقوعها أو استحالتها.

ب- **الجدّة**: بمعنى عدم سبق حصول القضية الواقعة، وهذا مخرج كل المسائل التي وقعت قبلاً، وتكرر حدوثها فيما بعد.

ج- **الشدّة**: وهي الحاجة الملحة للنظر الشرعي في حكم المسألة المستجدة، والتي تكون عادة من المسائل التي يتجادبها طرفان ويتنازعها متضادان؛ أحدهما مثبت والآخر نافي². وهذه الخصيصة مخرجة لكل القضايا التي استجدت غير أنّها لم ترق درجة الإلحاح والحاجة إلى النظر الاجتهادي، سواء كان ذلك:

- لأن الوقائع الطارئة ليس لها متعلق شرعي يستدعي النظر في حكمها لذاتها، أو لسبب منفصل عنها؛ أما لذاتها فحسب فيسبب عدم ارتباطها بالشرع أصلاً على نحو صرف، وأما السبب المنفصل عن ذاتها فكأن يكون متعلقها بغير المسلمين وبلاذهم.
- أم لأن متعلقها بشخص بحت، ولم تصل بذلك حجم العموم والذبيوع الذي يشغل معه بال نظار الفقه، ويجدّهم في استخراج حكم هذه القضية المستجدة³.

ثانياً - تصور النازلة:

هو إحكام الفهم لحقيقة النازلة، وإدراك طبيعتها، والإحاطة بدقائق خصائصها، وتمثل خبايا حقائقها، تمثلاً دقيقاً وعميقاً، يحيط بملاساتها وأحوالها وقرائنها⁴، فالحكم على الشيء فرع عن تصوره⁵. وحسن تصور النوازل ضابط جوهرى في عملية التنزيل، بل هو أدق مسالك الفقه، وأعوص مغاوره، وأعقد مراحلها⁶، ذلك أنه يبحث قضايا تطبعها الجدة والتشعب والتعقيد، فضلاً عن كون أغلبها وافدة داخلية على المجتمعات الإسلامية، مما يزيد من درجة تشابكها واشتباها⁷.

¹ - الحواس، المبلود: النوازل الفقهية وقيمتها، مجلة التذكرة، المغرب، مج3، ع11، 2008، ص64. الجيزاني: فقه النوازل، مرجع سابق، ج1، ص22 وما بعدها.

² - السامرائي، حاتم أحمد عباس: النوازل في مسلك العصر الحديث، مرجع سابق، ص11.

³ - الجيزاني: فقه النوازل، مرجع سابق، ج1، ص23 و24.

⁴ - حمادي، نور الدين: ضوابط فقه النوازل المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية بجامعة الجزائر، الجزائر، 2009، ص178.

⁵ - أبو الحارث الغزوي، محمد: مؤسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط1، 2003م، ج4، ص411.

⁶ - القحطاني، مسفر: منهج استخراج الأحكام الفقهية للنوازل المعاصرة، مرجع سابق، ج1، ص341. الحولي: ماهر حامد، ضوابط النظر والاجتهاد في القضايا والمستجدات المعاصرة، مجلة القدس، فلسطين، 2007م، ص10.

⁷ - السامرائي، حاتم أحمد عباس: النوازل في مسلك العصر الحديث، مرجع سابق، ص11.

لذلك كان لزاما على الناظر في هذه المسائل إفراغ الوسع في تصورها تصورا دقيقا، وفهمها فهما عميقا، قبل مباشرة إنزال الحكم عليها، لأن اضطراب هذا الضابط من شأنه إيقاع الحكم على صورة غير متضمنة فيه، أو مفتقرة لشرائطه، مما يورث المكلفين شدة وعنتا تبرؤ منه الشريعة الإسلامية السمحاء¹. ولا يتحقق كمال الفهم وتمام التصور إلا بأمور ثلاثة لا يغني أحدها عن الآخر²؛ يتعلق الأول منها بإدراك حقيقة عين النازلة وفهم كنهها، بينما يرتبط الثاني بتصوير شامل لملايسات النازلة وظروفها والأحوال التي تتقمصها، ويقوم الثالث على الاستنجاد بأهل الخبرات الفنية للإعانة على تحقيق هذا الإدراك على وجه الحق كما هو في نفس الواقع، وسيقتصر بحثنا هنا عن الشق الأول والثالث، لرجى الجزء المتعلق بفقهاء الواقع إلى المطلب الموالي بعون الله.

1 - فهم عين الواقعة:

ينبغي على المجتهد البحث عن العلم التام بماهية الواقعة المستجدة، وتعقل مضامينها، واستيعاب جزئياتها من جميع جوانبها، ومعرفة أقسامها، وتحقيق تصورها، وتبيين محل الإشكال فيها، وغير ذلك من الأمور اللازمة لاستيعاب النازلة بالشكل الصحيح. ويدق هذا التصور بحسب نوع المنصب الاجتهادي الذي يتولاه الناظر في القضايا المستجدة، فنوازل الفتوى غير مستجدات القضاء³، وهذا ما نبهته في البنود الموالية:

أ- فهم نوازل الفتيا:

الإفتاء من أعظم الوظائف الشرعية، وأخطر المهام الدينية على الإطلاق؛ إذ يتولى فيها المفتون منصب التوقيع عن رب العالمين "فحقيق بمن أقيم في هذا المنصب أن يعد له عدته، وأن يتأهب له أهبته، وأن يعلم قدر المقام الذي أقيم فيه، وكيف وهو المنصب الذي تولاه بنفسه رب الأرباب، فقال تعالى: ﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ﴾⁴5.

¹ - أبو شاويش، ماهر ذيب: ضوابط النظر في النوازل ومدارك الحكم عليها، مجلة الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، سنة 27، ع 55، رمضان 1434هـ، ص 229. يسري، محمد إبراهيم: الفتوى وأهميتها وضوابطها، مرجع سابق، ص 774. الطرابلسي، مصطفى بشير: منهج البحث والفتوى في الفقه الإسلامي بين انضباط السابقين واضطراب المعاصرين، دار الفتح، الأردن، ط 1، 2010، ص 96. خلفي، وسيلة: فقه التنزيل، مرجع سابق، ص 205.

² - الجيزاني: فقه النوازل، مرجع سابق، ج 1، ص 40.

³ - بو شعراء، زيد: فقه الواقع وتنزيل الأحكام الشرعية، مجلة المجلس العلمي الأعلى، المغرب، ع 11، 2011، ص 29.

⁴ - [سورة النساء: الآية 127]

⁵ - ابن القيم: إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج 1، ص 09.

فإذا كانت الواقعة - محل النظر - هي إشكال يطرح على المفتي في صيغة سؤال، يحتاج إلى إبانة حكمه الشرعي، فإن دقة تصورها تتأتى من خلال:

1 - الوقوف على المعنى المقصود من المسائل، بصرف النظر عن الألفاظ المعبر بها "فأكثر الناس إنما هم أهل ظواهر في الكلام واللباس والأفعال"¹، ومنه فلا بد "للمفتي ألا يأخذ بظاهر لفظ المستفتي العام، حتى يتبين مقصوده، فإن العامة ربما عبروا بالألفاظ الصريحة عن غير مدلول ذلك اللفظ، ومتى كان حال المفتي لا تصلح له تلك العبارة ولا ذلك المعنى، فذلك ريبة ينبغي للمفتي الكشف عن حقيقة الحال، كيف هو؟ ولا يعتمد على لفظ الفتيا أو لفظ المستفتي، فإذا تحقق الواقع في نفس الأمر ما هو، أفناه، وإلا فلا يفتيه مع الريبة"².

2 - إذا عرض للمفتي في سؤال المستفتي استشكال وجب عليه المصير إلى الاستفصال حتى يحصل له الاستكمال في فهم عين الشيء الواقع³. فإن طرح السائل ربما كان على نحو مغلوط، أو مضلل لتحقيق غرض يرتجيه، أو حصول جواب يبتغيه، فينبغي أن يتحرى كشف كل لبس أو غموض في كلام المستفتي، أو بين ثنايا سطور خطابه، لتكون فتواه عن علم ويقين، وإلا شمله الوعيد النبوي المروي عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً: "من أفتى بغير علم كان على من أفناه"⁴، وقد استفصل النبي ﷺ ماعزاً، عندما جاءه مطالباً بتطهيره من ذنب الزنا الذي اقترفه؛ فيما إذا كان به جنون أو مس فيسقط إقراره أم لا، فلما ثبت أنه مستكمل للأهلية عاقل بما صنع، استبين من واقع ما حصل، فيما إذا كان -فعلاً- زناً أم أنه حصل مقدماته فقط؛ كاللمس والتقبيل ونحوه، وبالغ في الاستفصال احتياطاً، حتى ظن ابن عباس رضي الله عنه أنه ﷺ يخاف أن ماعزاً لا يدري ما الزنا⁵، فلما بان حقيقتة ما فعل، أمر النبي ﷺ رجلاً باستنكاحه، ليثبت من كونه صاح أم سكران، فلما انتفى السكر في حقه، استفصله إن كان أعزب أم محصناً؟ فلما أجاب بأنه محصن، أمر به ﷺ فأقيم عليه حد الرجم⁶. كما استفصل النبي ﷺ والد النعمان بن بشير رضي الله عنه، لما جاءه طالباً منه الشهادة على نحلة وهبها لولده النعمان، إن كان له ولد سواه؟ فلما ثبت وجود ولدٍ غيره؟

¹ - ابن القيم: إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج4، ص148.

² - القرافي: الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، مرجع سابق، ص236.

³ - يسري، محمد إبراهيم: الفتوى وأهميتها وضوابطها، مرجع سابق، ص541. رياض، محمد: أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، مرجع سابق، ص224. بو شعراء، زيد: فقه الواقع وتنزيل الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص29. النووي: آداب الفتوى والمفتي والمستفتي، دار الفكر، سوريا، ط1، 1408هـ، ص45.

⁴ - أبو داود: السنن، مرجع سابق، كتاب العلم، باب الفتوى في الفتيا، ج3، ص321. الحاكم: المستدرک علی الصحیحین، کتاب العلم، باب یحیی بن أبی المطاع، ج1، ص184.

⁵ - أحمد: المسند، مرجع سابق، مسند بني هاشم، مسند عبد الله بن عباس، ج5، ص139.

⁶ - ابن القيم: إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج1، ص09. ج4، ص143.

استفسره إن كان نحل كل واحد منهم مثل الذي وهب النعمان، فلما انتفى ذلك امتنع النبي ﷺ عن الشهادة، واعتبرها جوراً وظلماً، وأفتى بعدم جواز هذه العطية، قائلاً: «إن لبنيك من الحق أن تعدل بينهم»¹.

فالواجب يقتضي من الفقيه أن يجمع معنى النازلة من جميع جوانبها، ويحيط بأسباب فهمها، ويزيل كل احتمال عبر إعمال آلة الاستفصال، فإذا سئل عن حنث في يمين طلاق مثلاً، لم يكن له أن يجيب حتى يستفصل صاحبه؛ "هل كان ثابت العقل وقت فعله، أم لا؟ وإذا كان ثابت العقل، فهل كان مختاراً في يمينه أم لا؟ وإذا كان مختاراً، فهل استثنى عقيب يمينه، أم لا؟ وإذا لم يستثن، فهل فعل المحلوف عليه عالماً مختاراً، أم كان ناسياً، أو جاهلاً، أو مكروهاً؟ وإذا كان عالماً مختاراً، فهل كان المحلوف عليه داخلاً في قصده ونيته، أو قصد عدم دخوله وخصص بنيته، أم لم يقصد دخوله ولا نوى تخصيصه، فإن الحنث يختلف باختلاف ذلك كله"².

3 - ينبغي للمفتي في سبيل فهمه لمراد سائله أن يتنبه إلى إمكان تعارض أصل الوضع اللغوي مع العرف القولي الذي اطردت العادة جريان ألفاظه في غير معانيها الأصلية الموضوعية لها، بحيث يتبادر المعنى العرفي دوغماً قرينة أو رابط عقلية، بخلاف المعنى اللغوي الأصلي الذي هجره الاستعمال، ولم يعد مقصوداً بتلك الألفاظ إلا بقرائن مرجحة أو مدللة، فصار هذا النقل العرفي ناسخاً للغة، والناسخ مقدم عن المنسوخ³. وأغلب صور ذلك مترددة في مسائل نوازل الأيمان والوصايا والإقرار، ولذلك يقول ابن القيم في باب المفتي: "لا يجوز له أن يفتي في الإقرار، والوصايا، والأيمان وغيرها، مما يتعلق باللفظ بما اعتاده هو من فهم تلك الألفاظ، دون أن يعرف أهلها والمتكلمين بها، فيحملها على ما اعتاده وعرفوه، وإن كان مخالفاً لحقائقتها الأصلية، فمن لم يفعل ذلك ضلّ وأضل"⁴.

فالإذن في النكاح -مثلاً- "يفسر بانتقاء الكفاء مع مهر المثل كما هو مشهور وذائع بين الناس، فعلى المفتي معرفة أحوال الناس، وأحوال الزمان والمكان، وما هو مشهور ومتعارف عليه بين الناس، لأن هذا كله يعينه على فهم الفتوى، والإتيان بالحكم الصحيح لها"⁵.

1 - أحمد: المسند، حديث الكوفيين، أحمد بن النعمان بن بشير، ج30، ص321. أبو داود: السنن، كتاب البيوع، باب الرجل يفضل بعض ولده في النحل، ج3، ص292. النسائي: السنن الكبرى، مرجع سابق، كتاب القضاء، باب الذكر، النهي عن قبول الشهادة، ج5، ص440.

2 - ابن القيم: إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج1، ص09. ج04، ص144.

3 - ابن أمير الحاج، الكمال: التقرير والتحبير، مرجع سابق، ج1، ص282. القرافي: الفروق، مرجع سابق، ج01، ص173. أمير باد شاه: تيسير التحرير، مصطفى الباني الحلبي، مصر، ط1، 1932م، ج01، ص317. الخطاب: مواهب الجليل، وبهامشه التاج والإكليل للمواق، دار الفكر، لبنان، ط3، 1992م، ج03، ص287.

4 - ابن القيم: إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج04، ص115.

5 - عرب، عبد الحي: أثر العرف والعادة في الفتوى، مجلة الأمن والقانون، الإمارات، ع2، 2005م، ص273.

ب - فهم نوازل القضاء:

يتبوأ القضاء في الإسلام مكانة سامية في الشرف والرفعة فهو "فريضة محكمة وسنة متبعة"¹، لا يصح أن يتقلدها إلا من تكاملت فيه شرائطها، التي يتحقق بها العدل، وإحقاق القسط بين أهل الخصومة من الناس²، ولذلك القاضي - في توسله لهذه الغاية - لا بد من أن يتسلح بألية الفهم السديد، مثله في ذلك مثل المفتي، غير أن للقضاء زيادة امتياز في ذلك، فعلم القضاء مفتقر إلى معرفة "أحكام تجري مجرى المقدمات بين يدي العلم بأحكام الوقائع والجزئيات"³، والتي "لم يجر لها في دواوين الفقه ذكر ولا أحاط بها الفقيه خُبراً وعليها مدار الأحكام"⁴. فإذا كان شأن الفقيه أن يجب عما استفتي فيه من ساعته مما تحضره من أدلة أو نقول السابقين، فإن شأن القاضي أن يتثبت ويتأني في سماع دعوى أطراف الخصومة جميعاً⁵، لما رواه علي رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ بعثه إلى اليمن قاضياً، فقال: «يا رسول الله تبعثني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء، فقال: إن الله سيهدي قلبك، ويسدد لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان، فلا تقضي حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء»، «فما زلت قاضياً أو ما تشككت في قضاء بعد»⁶. فببإشر القاضي المرافعة عبر سماع دعوى المدعي، فإن انتهت تلاوتها استوجبت الدعوى الإجابة من المدعى عليه، فلا يحكم المتصدي للقضية حتى يتبين الفهم الدقيق لأقوال المترافعين، ويستوعب حيثيات الدعوى المطروحة بين يديه⁷، ويتثبت من تمحيص الحجاج المتضمنة فيها، وفق ما يسمح به العرف الوضعي والعوائد الثابتة، وإلا حصل الخلط في تنزيل الحكم⁸، وفي ذلك يقول القرافي: "القضاء يرجع إلى التفتن لوجوه الخصوم، وقد يكون الإنسان أعلم بالحلل والحرام، وهو بعيد عن التفتن للخدع، فهذا باب عظيم يحتاج إلى فراسة عظيمة، ويقظة وافرة، وقريحة باهرة، ودُربة مساعدة، وإعانة من الله عاضدة"⁹.

1 - ابن كثير، أبو الفدا: مسند أمير المؤمنين أبي حفص عمر بن الخطاب رضي الله عنه، دار الوفاء، مصر، ط1، 1991، ج2، ص546.

2 - الماوردي: الأحكام السلطانية، دار الحديث، مصر، د.ط، د.ت، ص111 وما بعدها.

3 - ابن فرحون: تبصرة الحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، ط1، 1986، ج1، ص02.

4 - ابن فرحون: تبصرة الحكام، مرجع نفسه، ج1، ص02.

5 - الحريري، إبراهيم: نظام القضاء في الإسلام، دار عمان، عمان، ط1، 1990، ص62. شلبي، أحمد: تاريخ التشريع والنظم القضائية، مكتبة النهضة المصرية، مصر، د.ت، ص268. د.ط، ابن محمود: تاريخ القضاء في مصر، المطبعة الأهلية الحديثة، مصر، د.ط، د.ت، ص71.

6 - أبو داود: السنن، مرجع سابق، كتاب الاقضية، باب كيف القضاء، ج3، ص301.

7 - الديبان علي: تنزيل الأحكام على الوقائع القضائية، مجلة العدل السعودية، ع18، 05 ربيع الآخر 1424، ص20.

8 - ذكر ابن فرحون في تبصرته أن من شروط التولية للقضاء الإحاطة باختلاف معاني العبارات فإن الأحكام تختلف باختلاف سياقها في الدعاوى وإقرار والشهادات، - ابن فرحون: تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج1، ص55.

9 - القرافي: الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، مرجع سابق، ص56.

ولا يكفي في ذلك الشك أو الظن، ولذلك يقول أشهب وسحنون: "لا يقضي القاضي حتى لا يشك أنه قد فهم، فإن ساوره ظن أو اعتورته حيرة بشأن وقوع هذا الفهم على وجهه الصحيح، فلا يقضي البتة ما دام يجد ذلك، كما قال ابن يونس"¹.

وأصل ذلك كله في قوله تعالى في قصة الغنم التي نفشت كرم بعض اليهود في عهد داوود عليه السلام، فاختصم الطرفان إليه: ﴿فَفَهَّمْنَهَا سُلَيْمَنَ وَكَلَّمَ آدَمَ حُكْمًا وَعَلَّمَآءَ﴾². وهذا ما أكده الفاروق رضي الله عنه في عهده إلى أبي موسى الأشعري عبر إيصائه بالفهم المرة تلو الأخرى³. فقد جاء فيه: «الفهم الفهم فيما أدلي إليك، مما ورد عليك مما ليس في قرآن ولا سنة»⁴، ولا تتأتى موجبات هذا الفهم إلا من خلال ذهن صحيح التمييز، دقيق الفطنة، بعيد الفراسة⁵، يقول صاحب غياث الأمم: "لست أعرف خلافا بين المسلمين أن الشطر أن يكون المستتاب لفصل الخصومات والحكومات فطنا متميزا عن رعايا الناس، معدودا من الأكياس، ولا بد أن يفهم الواقعة المرفوعة إليه على حقيقتها، ويتفطن لموقع الإعضال، وموضوع السؤال، ومحل الإشكال منها"⁶، ولذلك منع العلماء على القضاة الحكم مع ما يدهشهم عن تمام الفكر من غضب أو جوع أو عطش مفرط⁷.

وإذا اقتضى الأمر إعادة سماع الحضور، تعين ذلك في حق القاضي، حتى يثبت فهمه عنهما صراحة لا تلويحا، ويتوضح وجه الحكم فيها حقيقة لا حدسا⁸. ويبرز بن عياض المقصود من هذا الفهم بقوله: "مراده بفهم القاضي عنهما تحقق ما سمع منهما دون احتمال، لا أنه فهم من معرض كلامهما ولحن خطابهما، فليس هذا مما تقام الأحكام به"⁹.

2 - استشارة أهل الخبرة:

1 - ابن فرحون: تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج 1، ص 85.

2 - [سورة الانبياء: الآية 79]

3 - البخاري، ابن مازة: شرح أدب القاضي، وزارة الاوقاف، العراق، ط 1، 1977م، ج 1، ص 224 و 225.

4 - سبق تخريجه.

5 - ابن فرحون: تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج 1، ص 50 و 58.

6 - الجويني، أبو المعالي: غياث الأمم في التياث الظلم، مرجع سابق، ص 300.

7 - التسولي: البهجة في شرح التحفة، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1998م، ج 1، ص 43. المارودي: الأحكام السلطانية، ص 112.

الحميضي عبد الرحمن، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، جامعة ام القرى، ط 1، 1989م، ص 116 و 117.

8 - التسولي: البهجة في شرح التحفة، مرجع سابق، ج 1، ص 65. ميارة، أبو عبد الله، الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، دار المعرفة،

لبنان، د. ط، د. ت، ج 1، ص 26. الحميضي، عبد الرحمن: القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، مرجع سابق، ص 577.

9 - التسولي: البهجة في شرح التحفة، مرجع سابق، ج 1، ص 65.

ينبغي لناظر المسائل النازلة في سبيل استكمال عملية الفهم، وإقامتها على أسس متينة من الصحة والوضوح، أن يستشير غيره من العلماء، وألا يستقل بالرأي في المسألة المنظورة، ذهاباً بنفسه وارتفاعاً بها¹، فالشورى مبدأ مقرر في الإسلام للأمر الإلهي للنبي محمد ﷺ: "وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ"². وقد كان عليه السلام مستغنياً عن مشاورتهم، ولكنه أراد أن تصير سنة³، وعلى ذلك نهج الخلفاء من بعده⁴؛ فكان ذلك شأن أبي بكر رضي الله عنه مع النوازل التي لم يبلغه عنها حكم في كتاب الله، ولا سنة رسول الله ﷺ، بل وقد كان عمر يستشير ابن عباس وهو حدث السن، وكان يقول له «غص يا غواص»⁵، فإذا أصاب قال له: «شئنة أعرفها من أخزم»⁶، وفي كتاب عمر إلى شريح القاضي: «فإن أتاك ما ليس في كتاب الله، ولم يسنه رسول الله ﷺ، فاقض بما أجمع عليه الناس»⁷، فبالشورى تتفق العقول، وتصوب الآراء، ويحتاط للأحكام من الزلل، ويتحقق ذلك بالاجتهاد الجماعي، الذي تمثل دوره اليوم بالمجامع الفقهية المعاصرة، وهيئات الإفتاء المختلفة، خصوصاً إذا تعلقت بقضايا مستجدة في فروع علوم الكون المختلفة؛ كالطب والاقتصاد والقانون والاجتماع... وهي مجالات معرفية شاسعة تنبؤ عنها قدرة المجتهد المحدودة، فيتعين في حقه مراجعة أهل الشأن والاختصاص فيها⁸، وقد قال الخطيب البغدادي: "إن العلوم كلها أباريز للفقهاء، وليس دون الفقه علم إلا وصاحبه يحتاج إلى دون ما يحتاج إليه الفقيه، لأن الفقيه يحتاج إلى أن يتعلق بطرف من معرفة كل شيء من أمور الدنيا والآخرة، وإلى معرفة الجدل والهزل، والخلاف والضد، والنفع والضرر، وأمور الناس الجارية بينهم، والعادات المعروفة منهم، فمن شرط المفتي النظر في جميع ما ذكرناه، ولن يدرك ذلك إلا بملاقة الرجال، والاجتماع مع أهل النحل والمقالات المختلفة، ومساءلتهم وكثرة المذاكرة لهم، وجمع الكتب ودرسها، وداوم مطالعتها"⁹.

1 - السوسوة، عبد المجيد، ضوابط الفتوى في القضايا المعاصرة، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، ع 62، 2005م، ص 252.

2 - [سورة آل عمران: الآية 159]

3 - ابن فرحون: تبصرة الحكام، مرجع سابق، ج 1، ص 85.

4 - ابن القيم: إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج 1، ص 49 وما بعدها.

5 - البخاري، ابن مازة: شرح أدب القاضي، مرجع سابق، ج 1، ص 193، 194.

6 - ابن كثير، أبو الفدا: مسند أمير المؤمنين أبي حفص عمر بن الخطاب رضي الله عنه، كتاب الصيام، ج 2، ص 680.

7 - البيهقي: السنن الكبرى، مرجع سابق، كتاب آداب القاضي، باب ما يقضي به القاضي ويفتي به المفتي، ج 10، ص 196. ابن عبد البر:

جامع بيان العلم وفضله، باب اجتهاد الرأي على الأصول عند عدم النصوص، ج 2، ص 846.

8 - أبو شاويش، ماهر ذيب: ضوابط النظر في النوازل ومدارك الحكم عليها، مرجع سابق، ص 231 و 232، الحولي: ماهر حامد، ضوابط

النظر والاجتهاد في القضايا والمستجدات المعاصرة، مرجع سابق، ص 12. بو شعراء، زيد: فقه الواقع وتنزيل الأحكام الشرعية، مرجع سابق،

ص 28. بنصيرة، سالم: فقه التنزيل، مرجع سابق، ص 77.

9 - البغدادي: الفقيه والمتفقه، دار ابن الجوزي، السعودية، ط 2، 1421، ج 2، ص 334.

وينبغي هنا مراعات التخصص، فمسائل الطب؛ كأطفال الأنابيب والبصمة الوراثية واعتماد الفحص الطبي يرجع فيها إلى ذوي الخدق في التطبيب، وقد كان الإمام مالك يأمر بسؤال النساء في المواضيع التي يحسنها ولا يشهداها الرجال كالنفاس والعدة وغيرها¹. أما مسائل المال فتتناط بأهل العلم في الاقتصاد والحساب وهكذا، والأولى تعدد هذه الاستشارات، فإن الأزمت مختلفة اختلاف العلماء في فروع الفقه²، مع تحين هذه المعارف بين الفينة والأخرى، من أجل مواكبة التطور السريع في الاكتشافات المعرفية التي تتبدل وتتغير بسرعة مطردة، فلا يليق بالفقيه أن يكون بمعزل عن هذه التطورات والتغيرات وإلا ضلّ واضل³.

وتتباين درجة احتياج المجتهد لاستشارة أهل الخبرة والمعرفة بحسب سعة معارفه بخصوص نازلة بعينها، ويفسر الشاطبي ذلك بقوله: "هذه المعارف تارة يكون الإنسان عالماً بها، مجتهداً فيها، وتارة يكون حافظاً لها، متمكناً من الاطلاع على مقاصدها، غير بالغ رتبة الاجتهاد فيها، وتارة يكون غير حافظ ولا عارف، إلا أنه عالم بغايتها، وأن له افتقاراً إليها في مسألته التي يجتهد فيها، فهو بحيث إذا عنت له مسألة ينظر فيها، زاول أهل المعرفة بتلك المعارف المتعلقة بمسألته فلا يقضي فيها إلا بمشورتهم، وليس بعد هذه المراتب الثلاث مرتبة يعتد بها في نيل المعارف المذكورة"⁴.

الفرع الثاني: دقة التكييف

نبحث في هذا الفرع تعريف مصطلح التكييف، وأنواعه والضوابط الضرورية في إجرائه على الوجه اللائق به في عملية تنزيل الأحكام الشرعية.

أولاً- تعريف التكييف:

1-تعريف التكييف في اللغة:

التكييف في اللسان العربي صيغة قياس صناعية لا سماع فيها⁵، فهي مولدة من كيف الاستفهامية، فأما قولهم "كيف الشيء فكلام مولد"¹، وهو رأي الأصمعي ومذهب اللحياني وأكثر النحاة وفقهاء اللغة²، وتأتي بمعنى حال الشيء وصفته³.

¹ - ابن أنس، مالك: المدونة، دار الكتب العلمية، لبنان، د.ط، 1994، ج1، ص154.

² - الليحي، فهد بن عبد الرحمن: منهج الفتوى في القضايا الفقهية المعاصرة، بحوث مؤتمر الفتوى واستشراف المستقبل، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة القصيم، السعودية، شعبان 1434هـ، ج 3، ص279.

³ - يسري، محمد إبراهيم: الفتوى وأهميتها وضوابطها، مرجع سابق، ص776.

⁴ - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج05، ص44.

⁵ - الفيروز ابادي، مجد الدين: القاموس المحيط، مرجع سابق، ص852.

2- تعريف التكييف في الاصطلاح:

يعد التكييف أحد المصطلحات المستجدة على مستوى المجال الفقهي، إذ لم يعهد استعمال هذا اللقب في كتب الفقه إلا نادراً، وقد كان مقصودهم من استعماله لا يتعدى المفهوم اللغوي للكلمة⁴. "فالإطلاق بالمعنى المعاصر صنعة حديثة"⁵، ينبغي استفصالها واستقصاء معناها عند الفقهاء المعاصرين سيما القانونيين منهم؛ إذ يعد الفقه القانوني الأسبق في استعمال مصطلح التكييف الذي وإن استمر التصاقه بمسائل التنازع الدولي في فروع القانون الخاص، غير أن وجوده أكد في مواضع القوانين الداخلية، تشريعاً وتطبيقاً على مستوى القضاء⁶. غير أن المنهج المتبع في هذه الدراسة يقتضي إرجاء استشارة الفقه القانوني إلى مواطنه من هذا البحث، وعليه سنقصر نظر هذا البند على مفهوم التكييف لدى الفقه الشرعي المعاصر من حيث التعريف والضوابط.

ومن أدق التعاريف التي حدّ بها الباحثون المعاصرون التكييف ما ذكره **القلعجي** في حدّ تكييف النازلة بأنه: "تحريرها وبيان انتماءها إلى أصل معين معتبر"⁷، وإلى قريب من ذلك ذهب **محمد الجيزاني** عندما عرف التكييف بأنه: "تصنيف المسألة تحت ما يناسبها من النظر الفقهي"⁸، وعرفه **عثمان شبير** بأنه "تحديد حقيقة الواقعة المستجدة لإحاقها بأصل فقهي خصه الفقه الإسلامي بأوصاف فقهية، بقصد إعطاء تلك الأوصاف للواقعة المستجدة عند التحقق من الجانسة والمشابهة بين الأصل والواقعة المستجدة في الحقيقة"⁹.

وهذا التعاريف، على جودة تفصيلاتها لدقائق الحقيقة التي يركز عليها التكييف، غير أنها متقدمة بكونها غير مانعة من دخول معاني غيرها فيها؛ فتحديد حقيقة النازلة المستجدة ينهض به أصل التصور

1 - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 09، ص 312.

2 - ابن دريد، أبو بكر: جمهرة اللغة، دار العلم للملايين، لبنان، ط 1، 1987، ج 2، ص 970. - ابن سيده، أبو الحسن: المحكم والمحيط الأعظم، مرجع سابق، ج 7، ص 115. الزبيدي: تاج العروس، مرجع سابق، ج 24، ص 352.

3 - أقر مجمع اللغة العربية: التكييف في قاموسه وأضفى على مفهومه صبغة قانونية، إذ عرفه بأنه: "تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من المسائل القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد". يراجع: عبد الحميد، أحمد مختار: معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، لبنان، ط 1، 2008م، ج 3، ص 1978.

4 - الكاساني: بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 2، 1986م، ج 3، ص 121. ابن رشد: البيان والتحصيل، دار الغرب الإسلامي، لبنان، ط 2، 1988م، ج 16، ص 368. ابن الحاج: المدخل، دار التراث، لبنان د.ط، د.ت، ج 2، ص 148.

5 - القلعجي وآخرون: معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، الأردن، ط 2، 1988م، ص 143.

6 - الهداوي، حسن: القانون الدولي الخاص، دار الثقافة، الأردن، د.ط، 1997، ص 52 و 53.

7 - القلعجي وآخرون: معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص 143.

8 - الجيزاني: فقه النوازل، مرجع سابق، ج 1، ص 47.

9 - شبير، عثمان: التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، دار القلم سوريا، ط 2، 2014م، ص 30.

الذي تُبنى عليه عملية التكييف، وهو عملية سابقة لمرحلة التكييف التي تتوسط بينه وبين مرحلة التطبيق، لتشكل بذلك كل "التنزيل"، فدور التكييف الفقهي منحصر في عملية الفرز والتحليل والكشف عن طبيعة الواقعة، وفق ما تفصد عن مرحلة التصور لجزئياتها ودقائقها، وإعمال النظر الاجتهادي فيها على نحو ما تقتضيه حيثيات الواقع الملايس، حتى إذا بلغ هذا الجهد مداه كان للمجتهد أن يخلص بعدها إلى هذه المرحلة ويصل إلى منتهى الطرف فيها بإلحاق وقائع النازلة إلى أصل فقهي معتبر، وتوصيفها بالوصف الشرعي الأنسب، وضمها إلى أصلها الشبيه، وتصنيفها مع ندها النظير، ليتقرر بعدها ما يجب أن يليق بها من حكم التنزيل في مرحلة التطبيق. وعليه فلا بد من الفصل بين هاتاه المراحل على رفعة الخيط بينها، وتمييز حدود كل منها وفق ضوابط محددة هي معقد الدراسة التالية¹.

ثانياً-ضوابط التكييف:

يشترط الفقهاء لقيام عملية التكييف على وجهها الأكمل جملة من الشروط والضوابط التي تضمن اهتداء الناظر إلى التحقيق العقلي الصائب بشأن طبيعة المسائل النازلة، ورصد ملاسأتها للوصول إلى تطبيق أمثل للأحكام على أجناس أفعالها، ومن جملة هذه الأسس:

1 - الفهم الدقيق للنازلة:

إذا تغىّ المجتهد صحة تنزيله للأحكام على ما يلائمها من مسائل، فينبغي تشخيص هذه النوازل وتكييفها على الوجه الصحيح، ولا يتحقق ذلك من تصور قاصر لموضوع تلك المسائل الواقعة، وفهم ضامر لخصوصيات تصورها، وعوارض آثارها، لأن الخطأ في هذا الفهم يعني الخطأ في توصيف المسائل، وهو ما يستتبع الزلل في الإلحاق بالنظائر والأشباه، مما يعني اختلال النسيج الاجتهادي برمته في تنزيل الأحكام، وبلوغ المقاصد والمرام، والفقهاء في ذلك أشبه بالطب الذي لا يرتجى من دوائه النفع إلا إذا ابتنى

¹ - غاب عن بعض الباحثين المعاصرين كشف هذا الخيط الرفيع في تعريفهم لمصطلح التكييف، ومن ذلك ما ذهب إليه القحطاني في تعليقه على تعريف القلعجي في معجم لغة الفقهاء، فقال: "وهذا التعريف جيد بالمعنى، وواضح الدلالة على بيان المقصود من التكييف، وإن كان ينقصه بيان الخطوة الأولى قبل تحريرها وبيان انتهائها، وهي التصور الكامل الصحيح لها". ثم اصطفى لها تعريفاً مفاده أنه: "التصور الكامل للواقعة، وتحرير الأصل الذي تنتمي إليه". وواضح الحد الفاصل بين الأمرين. ينظر، القحطاني: التكييف الفقهي للأعمال المعاصرة، مفهومه وضوابطه، مجلة العدل السعودية، ع28، شوال 1426هـ، ص52 و53. رازي، نادية: تفعيل المقاصد الشرعية في التكييف الفقهي للوقائع المستجدة، بعض المسائل في الأحوال الشخصية نموذجاً، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، الجزائر، ع14، ص283.

التشخيص فيه على معرفة العلة معرفة دقيقة، وقهم مسالكها في الجسم، والإحاطة بأثر مسباتها عليه¹، فاكتمال صورة المسألة وتوضح تفاصيلها في الذهن هو أساس التكييف السديد والحكم الصائب².

2- استناد التكييف إلى أصل شرعي معتبر:

لا بد للمجتهد أن يتبنى عملية تكييفه للمسائل الطارئة على أصل معتبر "تنهض له الحجة بالاعتبار، إذ أن توصيف المسائل، والتحقيق في نوعها وطبيعتها، بغرض إلحاقها بأقرب صورها لا بد له من مستند يشهد له"³، وهذا ما تحققه الأدلة الشرعية التي يعتمد عليها المجتهد في التكييف الفقهي، سواء كانت نصاً أم إجماعاً أم قواعد وكمليات الشرع، أم حتى نماذج اجتهادية سابقة⁴ فهذه الأصول هي مجال الأحكام التي يريد المجتهد التسوية بينها وبين الوقائع الجديدة المفروضة عليه⁵، وعليه فينبغي لممارس عملية التكييف أن يتأكد من ثبوت هذا الأصل ثبوتاً شرعياً، ويبادر إلى فهمه وتحرير مكنى مناط الحكم فيه، ليتسنى له إعمال المطابقة بين النوازل المطروحة، وأفراد هذا الأصل من حيث مناط الحكم المستنبط ومدى مساواة الواقعة بينهما في ذلك⁶.

وفيما يلي بيان للأصول المعتبرة في التكييف:

أ- التكييف على النصوص الشرعية:

الأصل في الشريعة إخضاع جميع المسائل والوقائع للأحكام المنصوصة بالشرع سماعاً؛ سواء كانت آيات من القرآن الكريم، أم سنة من الهدي النبوي، وفق قواعد التأصيل الشرعي المثبتة، فإذا جدّت نازلة في حياة الناس واحتاجت إلى حكم شرعي ينظمها توجه النظر الاجتهادي في تكييفه لها إلى البحث عن شبيبتها من المسائل المنصوصة بالقرآن الكريم والسنة للمقايسة عليها، لأنهما معين الشرع، ومصدر الوحي، والحكم الذي أوحى الله به إلى الناس، وقد أمر المولى بالاحتكام ورد الأمور إليه، بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِّنَ الْأَمْنِ أَوْ أَلْحَافٍ أَذَاعُوا بِهِ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَشِيطُونَهُ مِنْهُمْ﴾⁷،

1 - شبير، عثمان: التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، مرجع سابق، ص 69.

2 - الموسى، عبد الله: التكييف الفقهي للنازلة وتطبيقاته المعاصرة، ثبت الندوة الدولية نحو منهج علمي أصيل لدراسة القضايا المعاصرة، أبريل 2010م، ص 1330. ينظر:

تاريخ الاطلاع 2015/05/20. www.riyadhalelm.com/researches/4/42_takeef_mosa.pdf

3 - القحطاني، مسفر: منهج استخراج الأحكام الفقهية للنوازل المعاصرة، مرجع سابق، ج 1، ص 397.

4 - أبو شاويش، ماهر ذيب: ضوابط النظر في النوازل ومدارك الحكم عليها، مرجع سابق، ص 234.

5 - شبير، عثمان: التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، مرجع سابق، ص 73.

6 - شبير، عثمان: التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، مرجع سابق، ص 79 وما بعدها.

7 - [سورة النساء: الآية 83]

فالمتعين في حق الناظر "عند توصيف الواقعة، تحديد الحكم الكلي الملائم لها بالرجوع إلى نصه، والتحقق من الشروط والأوصاف المقتضية له من مظاهرها"¹. وقد كان ذلك سبيل الخلفاء والصحابة رضي الله عنهم في مدارس أحكام القضايا المستجدة، فإن النصوص ربما لم تسعفهم في الظفر بحكم بين وصريح لبعض تلك المسائل، فيعمدون إلى بحث نظائرها، والتحقيق في مناسبات شبيهاها، لإلحاقها بأنواعها وأجناسها، ومساواتها في حكمها؛ ومن شواهد ذلك إدراج النبيذ المسكر في زمرة الخمر، وإعطائه حكمه للاشتراك في المناط².

ب - التكييف على الإجماع:

فإذا أعوز الناظر حكم النازلة في المسائل المنصوصة بالكتاب والسنة، فإن عليه أن يبحث في القضايا المثبتة بالإجماع لتعدية الحكم الثابت به فيها إلى النوازل الحادثة، على اعتبار أن الإجماع دليل شرعي معتبر لدى جمهور الفقهاء والأصوليين، ومن ثم صح إلحاق الأحكام به، ولو لم تعرف عللها وتستبين دلائلها ومستنداتها.

ج - التكييف استناداً إلى اجتهاد فقهي:

يزخر الفقه الإسلامي بثروة هائلة من الاجتهادات والأقوال والآثار التشريعية التي تنفياً تنظم مختلف جنبات الحياة الإنسانية بمختلف تشعباتها العملية، وقد أسهم في صياغتها خيار الصحابة رضي الله عنهم، وأئمة التابعين، وفتاحلة الفقه السابقين والمتأخرين، وفق مناهج أصولية دقيقة، وضوابط علمية أصيلة، وأبلغتها درجة من السمو في التحرير والتحقيق والتفصيل والتهذيب، بحيث أضحي من غير المعقول إهمال هذه الجهود المباركة، وإهدار استثمار تلك الأعمال الجليلة فيما يستجد من وقائع وما يقع من نوازل؛ إذ الأجدر بالفقهاء المحدثين وأهل النظر المتأخرين إعمال هذه الفهوم، والبناء عليها في التكييف الفقهي لهذه النوازل، بما يفني والحاجة إلى تنزيلها على محالها الملائمة تنزيلاً صائباً وموفقاً، فإن افتقر التكييف لهذا السند الشرعي بأن ابني على تشبه في القول، أو استحسان هوى، أو تلذذ رأي سقط الاعتبار به وأصبح في حكم العدم³.

3 - تحصيل الملكة الفقهية في التوصيف والتخريج والإلحاق:

يقتضي النظر الاجتهادي في تكييف المسائل الحادثة والنوازل الواقعة أن يحيط الفقيه بجملة من المهارات والملكات التي تؤهله إلى تطبيق متبصر للأحكام على تلك الحوادث والوقائع، وهي لا تخرج في مجملها عن:

¹ - القحطاني: مسفر: منهج استخراج الأحكام الفقهية للنوازل المعاصرة، مرجع سابق، ص397.

² - شبير، عثمان: التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، مرجع سابق، ص73 و74.

³ - القحطاني: مسفر: منهج استخراج الأحكام الفقهية للنوازل المعاصرة، مرجع سابق، ص397.

أ- القدرة على تصنيف المسائل وتصنيفها:

على المجتهد أن يقتدر على تصنيف المسائل وتصنيفها، بعد تصورها، وتحليل جزئياتها وتفكيك مركباتها، لكشف وجه الارتباط والتقارب بينها وبين مثيلاتها من جهة، وتحديد مواطن الافتراق والاختلاف بينها وبين تلك النظائر من جهة أخرى، ليتسنى له بعد قياس مدى المجانسة والمطابقة بينهما في طبيعة مناط الحكم¹. ذلك أن النظر في أعيان المسائل يفيد وجود أعداد لا حصر لها من الأفعال التي تنبؤ عن الإحاطة بجميع أحكامها النصوص الشرعية الكلية، فلما افاد النظر اجتماعها - في زمر - تحت أنواع محددة، وبأوصاف فقهية مخصوصة، واجتماع تلك الأنواع تحت ظل أجناس بعينها، علم اتحاد أو تشابه تلك الأفعال في أحكامها، لاتحاد أو تشابه أنواعها وأجناسها، كون التشابه في الذوات والأجناس والأوصاف يوجب التشابه في الأحكام، لأن متعلق الحكم الشرعي أجناس الأفعال مع صرف النظر عن أفرادها، ولذلك كان الواجب على الناظر في هذه الأفعال أن يحقق في أوصافها، ويصنفها ضمن دائرة نوعها المندرجة فيه.

فإذا تم له ذلك انتقل إلى وضع ذلك النوع في مساق جنسه الذي تفرع عنه، ليستبع على النازلة حكمها الملائم لها، ولا يضمنها تحت جنس مغاير فيسندها إلى حكم آخر غير الذي ارتضاه الشرع لنظائرها، بسبب اشتباه ظاهري بين بعض أفرادها مخالف للحق والواقع، وإذا كانت المجانسة هي صلب التكيف ولبّه، فإنها تتطلب إجراء مكاشفة دقيقة للمكونات الرئيسية للمسألة الجديدة، سواء أكانت أركاناً وشرائط لعناصرها، أم علاقات وضوابط فيما بين أطرافها؛ فإذا استفتي الفقيه في صورة جديدة من عقود الزواج مثلاً، نظر في جزئيات هذه الصورة، وكشف عن تفاصيل عناصرها بالنسبة لصيغة العقد، وأطرافه، ومدى تضمنها لشرائطه وأركانه... ليستحضر بعدها أشباهها ونظائرها من الفروع ذات الأحكام المثبتة سلفاً، ويحصص بينها حتى إذا خلص إلى أقربها مجانسة لها، ومطابقة لجزئياتها في ثبوت مدرك الحكم وعله التشريع، ألحقها بها وأعطاهما حكمها.

وقد يخلص نظر الفقيه إلى أن الصورة المستجدة عبارة عن تراكم عدة صور، فإن كانت كلها قديمة معروفة الحكم، مثبتة العلة، ألحقها بأحكام أشباهها، وإن كانت كلها صوراً جديدة عاجلها بالتكليف المستقل مع مراعات أثر ذلك التراكم على مناط الحكم. ولا تتأتى هذه القدرة إلا باليتين مهمتين هما:

1- الإلحاق:

¹ - شبير، عثمان: التكيف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، مرجع سابق، ص 31.

ونعني به قياس مسألة جديدة على فرع مشابه لها، ومنطوق ضمن قاعدة كلية، فتأخذ المسألة الحادثة حكم ذلك الفرع.

2- التخريج الفقهي¹:

هو "نقل حكم مسألة إلى ما يشبهها، والتسوية بينهما فيه"².

وتحقق هذين المنهجين الاجتهاديين في الفقيه يفترض أن تتيسر له القدرة على استحضار المسائل ووضع الصور وتصور كل ما ينبثق عنها من تفريعات، ويجلي الغزالي هذا المعنى بقوله أن: "وضع الصور للمسائل ليس بأمر هين في نفسه، بل الذكي ربما يقدر على الفتوى في كل مسألة إذا ذكرت له صورتها، ولو كُلف وضع الصورة، وتصوير كل ما يمكن من التفريعات والحوادث في كل واقعة عجز عنه، ولم يخطر بقلبه تلك الصورة وإنما ذلك شأن المجتهدين"³.

ويجمع ذلك كله علم الأشباه والنظائر الذي يقول في أهميته السيوطي: "إعلم أن فن الأشباه والنظائر فن عظيم، به يطلع على حقائق الفقه ومداركه ومآخذه وأسراره، ويتمهر في فهمه واستحضاره، ويقتدر على الإلحاق والتخريج، ومعرفة المسائل التي ليست بمسطورة، والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على مر الزمان، ولهذا قال بعض أصحابنا: الفقه معرفة النظائر"⁴.

وأصل ذلك مسطور في خطاب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه، عندما كلفه قضاء الكوفة، فقال له: «الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك، مما لم يبلغك في الكتاب والسنة. إعرف الأمثال والأشباه، ثم قس الأمور عندك، فاعمد إلى أحبها إلى الله، وأشبهها بالحق فيما ترى»⁵.

ثالثاً- أنواع التكييف:

1 - للتخريج معان عدة أبرزها:

- استخراج أصول الإمام التي يبني عليها أقواله وآراءه الفقهية، وهو الأساس في تفعيد علم أصول الفقه.

- تخريج الفروع على الأصول، برد الخلاف الفقهي في جزئيات المسائل إلى أصولها وكنياتها.

- تخريج الفروع على الفروع: وهذا النوع هو الذي حظي بقسط الاهتمام الأكبر في علمي الفقه والأصول ومعتمده بيان رأي الأئمة فيما استجد من مسائل مما لم ينبت عنهم فيها نص، بإلحاقها بأشبهاتها من المسائل المروية، وإدراجها ضمن قاعدة من قواعدهم المعتمدة في الاستنباط، وهذا هو المعنى الأقرب إلى روح دراستنا وموضوعها. ينظر: الباحثين، يعقوب: التخريج عند الفقهاء والأصوليين، مكتبة الراشد، الرياض 1414، ص11.

الموسى، عبد الله: التكييف الفقهي للنازلة وتطبيقاته المعاصرة، مرجع سابق، ص1320.

2 - ابن تيمية: المسودة في أصول الفقه، مرجع سابق، ص533.

3 - السيوطي: الرد إلى من أخلد إلى الأرض، مرجع سابق، ص91.

4 - السيوطي: الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1990م، ص07. إسماعيل حبيب، محمد بكر: علم تخريج الفروع على الأصول، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية، مكة، ع45، ذو القعدة 1429هـ، ص286 و287.

5 - سبق تخريجه.

تتعدد أنواع التكيف بتعدد الاعتبارات المرعية فيه إلى:

1 - أنواع التكيف باعتبار الجلاء والخفاء:

ينقسم التكيف بهذا الاعتبار إلى قسمين هما:

أ - التكيف الجلي:

هو الذي يقطع فيه بانتظام النازلة المنظورة ضمن أفراد أصلها المعبر، ولحوق توصيفاته الشرعية بها، بناء على وضوح تحقيق المناط المرعي في جزئيات هذا الأصل¹.

ب - التكيف الخفي:

هو الذي لا يستبين للناظر فيه الجزم بإلحاق المسألة المستجدة بأحد أصولها التي تتنازع الانتساب إليها، فيخفى تعيين المناطات المطلوبة، ويشتهبه على المجتهد تحققها في هذه المسألة، مما يستدعي منه بلوغ حدّ الوسع في الاجتهاد لإبانة هذا الغموض ورفع خفائه، وأكثر الجزئيات والوقائع على هذه الشاكلة، خصوصاً المستجد منها، مما يستدعي إعمال النظر وإمعان الفكر في تحقيق التكيف وإبرازه، من خلال التحليل والمكاشفة للوصول إلى التوصيف السليم بطبيعة النازلة، وبالتالي إثبات معنى المناط فيها أو نفيه عنها، وبمثل الشاطبي لهذين القسمين من التكيف الفقهي بمقوم العدالة في الشهادة، التي وإن ثبت معناها الشرعي، غير أن الخلاف حاصل بشأن "تعيين من حصلت فيه هذه الصفة، وليس الناس في وصف العدالة على حد سواء بل ذلك يختلف اختلافاً متبايناً، فإذا تأملنا العدول وجدنا لاتصافهم بها طرفين وواسطة؛ طرف أعلى في العدالة لا إشكال فيه كأبي بكر الصديق، وطرف آخر وهو أول درجة في الخروج عن مقتضى الوصف؛ كالمجاور لمرتبة الكفر إلى الحكم بمجرد الإسلام، فضلاً عن مرتكبي الكبائر المحدودين فيها، وبينهما مراتب لا تنحصر، وهذا الوسط غامض لا بد فيه من بلوغ حد الوسع وهو الاجتهاد"². وقد يبلغ الخفاء مداه عندما تتنازع الواقعة المنظورة أصول قوية وأسباب راجحة، فيتعين توزيع أحكام النازلة على تلك الأصول والأسباب صيانة لها عن التعطيل³؛ ومثال ذلك التكيف الذي أعمله النبي ﷺ في خصومة سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه، وعبد بن زمعة في نسب غلام تنازعه شبه بيّن بعتبة بن أبي وقاص، وفراش ثابت

1 - شبير، عثمان: التكيف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، مرجع سابق، ص35.

2 - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج5، ص11، 12.

3 - ابن خنين، عبد الله: توصيف الأفضية في الشريعة الإسلامية، مكتبة الملك فهد الوطنية للنشر، السعودية، ط 1، 2003م، ج2، ص377 و378.

لزمعة رضي الله عنها، فأثبت النبي ﷺ للفراش حكمه من الحرمة والميراث وغيرها، وأعطى الشبه حكمه من ثبوت المحرمية والاحتجاب لسودة بنت زمعة، رغم أنها أخته بالتحقيق الأول¹.

2 - أنواع التكييف باعتبار العموم والخصوص:

تتفرع عملية التكييف باعتبار عموم وخصوص تحقيق المناط إلى قسمين هما:

أ - التكييف الفقهي العام:

وهو النظر في مدى انطباق الجزئي مع الكلي من حيث الطبيعة والأوصاف، من دون الالتفاف إلى الملابسات والظروف الخاصة، إذ يتركز جهد الناظر في بحث عناصر الواقعة واستقراء مكوناتها، لتحديد الوصف الأنسب لها والألصق بها، ويتعين بذلك نوعها ويتحدد جنسها، دون التفات إلى شخوص المكلفين وميولهم وأهوائهم وحظوظهم، فهم في هذا النظر على السواء².

ب - التكييف الفقهي الخاص:

وهو أدق من القسم الأول، ذلك أنه يجمع بين عموم النظر التكييفي للجزئيات، وبين خصوصية الأحوال والظروف والملابسات المقترنة بشخص المكلف، فإن "النظر متوجه نحو خصوصية الظروف التي اقترنت ببعض المكلفين، فجعلت لهم اعتبارا خاصا يوجب إيراد قيود على ما ثبت إطلاقه في المناط العام، أو ضم قيود إضافية على القيود الثابتة في المناط العام"³.

الفرع الثالث: حسن التطبيق

مرحلة التطبيق هي خاتمة عمل القاضي والمفتي الناظرين في النوازل المستجدة، والوقائع المعروضة، فبعد أن تسنى لهما فهم حقيقة الواقعة، وتصورها التصور الشامل والدقيق، ومن ثم تصنيفها تحت أصلها المتفرعة عنه، وتوصيفها بألبيق الأوصاف الشرعية المندرجة فيه، تأتي عملية التطبيق لتسقط أنسب أحكام ذلك الأصل على تلك النازلة أو الواقعة.

وستتولى هنا بسط الكلام في هذه المرحلة الحاسمة من الاجتهاد التنزيلي فيما يلي من بنود:

أولاً - تعريف التطبيق:

¹ - ابن قيم، الحوزية: إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج4، ص271.

² - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج5، ص22.

³ - الكيلاني، عبد الرحمن: تحقيق المناط عند الأصوليين وأثره في اختلاف الفقهاء، مرجع سابق، ص105.

1 - التعريف اللغوي للتطبيق:

التطبيق في اللغة، مصدر من طَبَّقَ تطبيقاً، فهو مطبق؛ بمعنى التغطية والتعميم¹، ومن ثم طبق الماء على وجه الأرض؛ إذا عمّ وانتشر، وطبق السحاب الجو؛ إذا غشاه. ويأخذ معنى الإصابة مجازاً، ومنها قول ابن عباس رضي الله عنه لأبي هريرة رضي الله عنه حين بلغته فتياه في المطلقة ثلاثاً غير مدخول بها، إنها لا تحل حتى تنكح زوجا غيره: "طبقت"؛ أي أصبت وجه الفتيا².

2 - التعريف الاصطلاحي للتطبيق:

المقصود بالتطبيق هو الإجراء العملي للأحكام الشرعية الثابتة بمدركاتها على الوقائع والجزئيات الفردية، بما يحقق مقاصدها الشرعية، ويراعي مآلاتها التنزيلية.

ثانياً: آليات تنزيل الحكم الشرعي

إذا استجمع الحكم الشرعي مناطه في نازلة من النوازل أمضاه المجتهد وأجراه ما دام مفضيا إلى المقصد الشرعي غير آيل إلى مضرة أو إفساد، وهذا ما يدعى بالنظر الكلي العام³، وهو جهد عملي وتطبيقي مستأنف، لا يقل أهمية وخطراً عن الاجتهاد الاستنباطي⁴. أما إذا انخرم شيء من ذلك فإن الناظر ملزم بإحدى أمور أربع هي: التأجيل أو التعديل أو التبديل أو التوقف⁵، وتفصيل ذلك فيما يلي من كلام.

1 - التأجيل:

هو تأخير تطبيق الحكم على محله لملازمة ظرف مانع من تحقيق مناطه إلى حين زوال المانع وتحقيق المناط، ويقتضي ذلك أن يعلق العمل بالحكم المرعي شرعاً للفعول، وإجراء الوضع على خلاف ما توجهه أحكامه المجردة، "لما في إجراءاتها على ذلك النحو من تحقيق مصلحة، أو التخفيف من مفسدة، مقارنة بما سيؤول إليه الأمر حين تطبيق الحكم المجرد عليها"⁶. ويكون موجب العدول عن التطبيق عادةً سبب معين،

¹ - الزبيدي: تاج العروس، ج 1، مرجع سابق، ج 26، ص 49، الفيروز آبادي، مجد الدين: القاموس المحيط، مرجع سابق، ص 902.

² - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 10، ص 213. الزبيدي: تاج العروس، ج 1، مرجع سابق، ج 20، ص 60.

³ - الجيزاني: فقه النوازل، مرجع سابق، ج 1، ص 54.

⁴ - الدريني، محمد وغيره: من الاجتهاد والتجديد في الفكر المعاصر، سلسلة الفكر الإسلامي المعاصر، مركز دراسات العالم الإسلامي، مالطا، ط 1، 1991م، ص 16.

⁵ - بنصيرة، سالم: فقه التنزيل، مرجع سابق، ص 78.

⁶ - النجار، عبد الحميد: المقتضيات المنهجية لتطبيق الشريعة في الواقع الإسلامي الراهن، مرجع سابق، ص 61.

أو ظرف يمنع تحقق مناطه، أو يحول دون حصول مقصده المرجو من تشريعه. وقد يطول هذا المنع وقد يقصر بسبب الظروف والأحوال المتكاثفة والمؤثرة في المناط أو المقصد¹.

فإذا اعتري بعض الأفعال شيء من هذه الاعتبارات الإضافية المؤثرة، فإن الواجب على الناظر فيها إخراجها من جملة الأحكام المنظمة لجنسها، وعدم تنزيل تلك الأحكام عليها، إلى الحين التي تقع فيها التهيئة إلى إفشاء مقصودها الشرعي، وتحقيق المصلحة المرجوة منها. وقد ينتهج في ذلك سنة التدرج على فترات ومراحل، حتى يتحقق الإعداد والتأهيل لقبول وتلقي تلك الأحكام على الوجه اللائق بها، والأنسب لتحقيق مناطاتها. ولا يعني هذا -بحال- ارتفاع الأحكام الأصلية المجردة لهذه الأفعال المخصصة، أو إلغائها، فإن "الحكم في ذاته -وبحسب ما استقر عليه في العقل من فهم- قطعي، يبقى ثابتا على مر الزمن، لا يناله التغيير، فإن توفرت شروط تنزيله في الواقع وقع التنزيل، وإن لن تتوفر لم يقع. ولكن تلك الشروط متى توفرت في أي زمان وأي مكان فإن الحكم ينبغي أن يُنزل، وليس عدم التنزيل في فترات زمنية معينة، أو في حالات معينة بذريعة إلى أن يؤول الحكم إلى البطلان، في ذاته كما توهم المنادون بتعطيل الكثير من الأحكام من هذا المنظور، لأن هذا التوجه يؤول بمنهاج الخلافة الإسلامية- الذي ضبطته بنصوص الوحي- إلى الانتقاص عروة عروة، حتى لا يبقى من هذا الدين شيء، وفي ذلك إحباط لمهمة الإنسان في الأرض، ووظيفته في الخلافة"².

2 - التعديل:

"هو الإبقاء على الحكم الأصلي، مع العدول عنه زيادة أو نقصانا، واتساعا وضيقا، إلى ما تحققه المصلحة والعدل"³. فقد تنضاف إلى الفعل من الأوصاف المؤثرة في المناط ما يستدعي حياطته ببعض الشروط أو الأسباب الإضافية التي تحفظ له تحقيق غايته الشرعية، وتضمن تجسيد المصلحة المقصودة لفاعله. ونماذج ذلك كثيرة في مسائل الأحوال الشخصية؛ ومنها مسألة ضبط الحضانة بسن محدد ترتفع بانتهائه، أو تحديد سن مخصوصة لاستحقاق النفقة الغذائية، أو ضبط مقدارها، أو الترخيص في تجديدها لعدة معتبرة، أو تقدير مصلحة المحضون في منع السفر به... فكلها مسائل تقتضي التحقيق فيها فضلا عن -إبقائها على أصل حكمها- ضبطها بجملة محددات ومعايير، تكفل تحقيقها لفضلي غاياتها الشرعية، وسامي مقاصدها المرعية. ويقع على متولي التنزيل -قاض أو مفت- واجب التقدير في ذلك توسعا وتضييقا، بحسب تحقق المناط المعبر في كل حالة، فما يليق في هذا، قد لا يليق بأكثر الحالات، وما

¹ - بنصيرة، سالم: فقه التنزيل، مرجع سابق، ص78.

² - النجار، عبد المجيد: خلافة الإنسان، مرجع سابق، ص130-131.

³ - بنصيرة، سالم: فقه التنزيل، مرجع سابق، ص78.

يناسب الظروف الملامسة لواقع معيش، أو بيئة مشخصة، لا يتفق قطعا مع العديد من الوقائع والظروف والبيئات الأخرى. ولذلك وجب تجديد النظر وتدقيق الفحص في كل تنزيل للأحكام على محالها؛ حالة بحالة، وهو أمر يصعب فيه الاجتهاد ويعد، إذ يستلزم من الناظر جودة في الفقه، ووثوقية في النظر، وتبصرا في الاستشراف.

3 - التبديل:

والمقصود به "العدول عن الحكم الأصلي إلى حكم اجتهادي استثنائي، لارتفاع المناط الأول، وظهور مناط جديد هو الأقدر على تحقيق المصلحة"¹، ومثال ذلك صنيع عمر في جمع الطلقات الثلاث بلفظ واحد فقد كان العمل في زمن النبي ﷺ وزمن خليفته أبي بكر رضي الله عنه، وصدرا من خلافة عمر رضي الله عنه، على اعتباره طلاقة واحدة كما ثبت في الصحيح عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: «كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ، وستين من خلافة عمر رضي الله عنه، طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيها عليهم فأمضاه عليهم»².

إذ تبين لعمر بن الخطاب أن فعل الناس في الطلاق، تعلق به من الاعتبارات المصاحبة، ما يلجئ الناظر إلى استبداله، لتعذر تحقق المناط الأصلي في ظل هذه الظروف المكتنفة. فما شرع الطلاق إلا مرة بعد مرة، فلما استهان الناس بالطلاق وتتابعوا في إيقاعه ثلاثا بضم واحد، رأى أن المصلحة في منع هذا التعدي، والمجازة لحدود الله، واللعب بكتابه، فكان أن من جمع الثلاث في كلمة واحدة، "حقيق أن يعاقب ويلزم بما التزمه، ولا يقر على رخصة الله ويسره، وقد صعبها على نفسه، ولم يتق الله ولم يطلق كما أمره الله وشرع له، بل استعجل فيما جعل الله له فيه الأناة رحمة منه وإحسانا، ولبس على نفسه واختار الأغلظ والأشد، فهذا مما تغيرت به الفتوى لتغير الزمان، وعلم الصحابة رضي الله عنهم حسن سياسة عمر رضي الله عنه، وتأديبه لرعيته في ذلك، فوافقوه على ما ألزم به، وصرحوا لمن استفتاهم بذلك"³.

وقد قال ابن مسعود رضي الله عنه لرجل طلق امرأته عدد النجوم: "أقلتها مرة واحدة؟" قال نعم، قال: " تريد أن تبين؟" قال: نعم، قال: "هو كما قلت"، ثم قال: «قد بين الله عز وجل الطلاق، فمن طلق كما أمره الله فقد بُيِّن له، ومن لبس على نفسه به، جعلنا به لبسه، والله لا تلبسون على أنفسكم نتحملة عنكم، هو كما تقولون»⁴.

¹ - بنصيرة، سالم: فقه التنزيل، مرجع سابق، ص78.

² - مسلم: صحيح مسلم، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب طلاق الثلاث، ج2، ص1099.

³ - ابن القيم: إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج3، ص35.

⁴ - الطبراني: المعجم الكبير، مرجع سابق، باب العين، من مناقب ابن مسعود، ج9، ص325. ابن أبي شيبة: المصنف، مكتبة الرشد، السعودية، ط1، 1409هـ، كتاب الطلاق، باب من قال لامرأته أنت طالق عدد النجوم، ج4، ص63.

غير أنه استجد في حياة الناس - زمن عصر التقليد - ما يستدعي إعادة النظر في المناط الجديد المحقق سلفاً في فتوى عمر رضي الله عنه وحكمه في جمع الطلاق الثلاث في لفظ واحد، إذ تغير الزمان وراجت سوق التحليل بين الناس حتى نفقت، فاقتضى أصل الاجتهاد المصير إلى الحكم الأصلي، بعودة مناطه الأول لسببين اثنين: "أحدهما أن أكثرهم - الناس - لا يعلم أن جمع الثلاث حرام، لا سيما وكثير من الفقهاء لا يرى تحريمه، فكيف يعاقب من يرتكب محرماً عن نفسه؟ الثاني: أن عقوبتهم بذلك تفتح عليهم باب التحليل الذي كان مسدوداً على عهد الصحابة رضي الله عنهم، والعقوبة إذا تضمنت مفسدة أكثر من الفعل المعاقب عليه، كان تركها أحب إلى الله ورسوله ﷺ، ولو فرضنا أن التحليل مما أباحته الشريعة - ومعاذ الله - لكان المنع منه إذا وصل إلى هذا الحد وقد تفاحش قبحه من باب سد الذرائع، وتعين على المفتين والقضاة المنع منه جملة، وإن فرض أن بعض أفراده جائز إذ لا يستريب أحد في أن الرجوع إلى ما كان عليه الصحابة رضي الله عنهم في عهد النبي ﷺ، وأبي بكر الصديق رضي الله عنه وصدور من خلافة عمر رضي الله عنه أولى من الرجوع إلى التحليل"¹.

4 - الإيقاف:

هو "عدم تنفيذ الحكم إذا زال الموجب الذي شرع لأجله، ولم يتحقق المقصد منه"²، فإذا ثبت الحكم الشرعي في شأن تصرف ما، ثم ثبت بتحقيق المناط اندراج ذلك الفعل ضمن الحكم المحدد له جنساً أو نوعاً، ثم تبين بالنظر اندراج جزئياته العينية ضمنه، فإن الواجب في حقه إنزال الحكم الكلي عليه. غير أنه يتوقف في هذا التنزيل ويمنع إيقاع ذلك الحكم على محله بسبب عدم انتهاض الواقعة بتحقيق مقصودها الشرعي المتوخى لها"³.

ويقتضي هذا الإيقاف التنفيذي أن يكون مقصوراً على عينته الواقعية، ممثلة في فعل محدد وفاعل معين وظرف مخصوص وحال معدود وزمن موقوت، فإذا طرأ على إحدى هذه الاعتبارات أي تغيير من شأنه التأثير في المناط فإنه ينبغي إعادة أعمال النظر في هذا الإيقاف إبقاءً أو إنهاءً⁴.

ويمكن أن نضرب لهذا المقام بمثال النكاح الذي أباحه الشرع وحثت عليه السنة المحمدية، غير أنه إذا استبصر الحاكم أو الفقيه طالب الزواج، واستشف من أقواله أو أفعاله ما يفيد توجه نيته إلى التأقيت لتحقيق متعة أو تحليل زوجة مبتوتة، فإن له التوقف في إيقاع الحكم الأصلي على هذا المحل لإفضاء هذا

¹ - ابن القيم: إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج 3، ص 45.

² - بنصيرة، سالم: فقه التنزيل، مرجع سابق، ص 78.

³ - النجار، عبد المجيد: أثر تحقيق المناط في وقف تنزيل الاحكام، مؤتمر تحقيق المناط، الكويت، 18-20 فيفري 2013م، ص 6. منشور على الموقع:

تاريخ الاطلاع 2015/05/31 . <https://kt-b.com/?p=4854>

⁴ - النجار، عبد المجيد: أثر تحقيق المناط في وقف تنزيل الاحكام، مرجع نفسه، ص 6 و 7.

الزواج إلى مفسدة أعظم من المصلحة المرتجاة منه وله -بالتالي- الانكفاء إلى وقفه والمنع منه، وذلك هو السر الذي حمل عمر على إصدار قراره إلى واليه بالمداين، والقاضي بوقف العمل بالنص المبيح الزواج بالكتايبات، عازما عليه أن يخلي بينه وبين امرأة يهودية تزوجها، فكتب الوالي إلى الخليفة: "إن كانت حراما خلعت سبيلها" فكتب إليه عمر «إني لا أزعم أنها حرام، ولكن أخشى أن تدعو المسلمات، وتتكحوا المومسات»¹.

فصريح الرواية على أن عمر لا يرى في نكاح الكتايبات الحرمة، غير أن مكتنفات هذا الزواج في ذلك الوقت، أثرت في المناط الموجب للحكم الشرعي، إذ أن إباحة نكاح الكتايبات مبنية على مصلحة إزالة ما يعمر قلوبهن من كراهية الإسلام، والوحشة منه بالعيش تحت كنف رجل مسلم، يكرمها وفق أخلاق الإسلام في التسامح رجاء دخولها فيه²، غير أنه وبسبب المتغيرات الظرفية خشى عمر بثاقب نظره، ونافذ حنكته أن يترسل المسلمون في الأراضي المفتوحة في هذا الزواج إقتداء بفعل حذيفة بن اليمان رضي الله عنه وهو يومئذ سيدهم، وذلك ما يفهم من بعض روايات القصة التي علل فيها عمر سر المنع بقوله: «ولكنك سيد المسلمين»³. مما يتسبب ذلك في خطر سياسي محقق على جهاز الدولة وأسرارها، فضلا عما يتضمنه من محاذير اجتماعية، ليس أقلها الفتنة العظيمة والشر المستطير الذي يلم بالنساء المسلمات، اللواتي لا يجد بعضهن أو أكثرهن من يتزوجهن، سيما وأنهن كن على كثرة بدخول الناس أفواجا في الدين، كما أورد الطبري في روايته⁴. كما تعضد هذا المنع عندهم بعدم أمن أخلاق الكتايبات، اللواتي ليس لهن ما يمنعهن من اقتراف الآثام وازع دين أو ضابط عرف، فيتأثر الأزواج بذلك، وتتطبع الذرية على قيم وعادات مصادمة للدين، ولذلك يبرر المنع من هذا النكاح في رواية واقعة المومسات.

فكان التحقيق من عمر أن: "التضحية ببعض الأهواء الفردية، خير من تعرض المجتمع لمثل هذه الأخطار الكبيرة، وهو هنا لم يبلغ النصوص أو ينسخها لكنه أوقف العمل بها فترة من الزمن، وفي حالات خاصة تحقيقا للمصلحة العامة، ومن ثم يزول هذا الإيقاف بزوال ظروفه، وما تزال للنصوص قدسيته على

¹ - البيهقي: السنن الكبرى، مرجع سابق، كتب النكاح، مما جاء في تحريم حرائر أهل الترك، ج7، ص280، ابن أبي شيبة: المصنف، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب من كان يكره النكاح من أهل الكتاب، ج3، ص474. ابن منصور، سعيد: سنن سعيد بن منصور، الدار السلفية، الهند، ط1، 1982م، كتاب الوصايا، باب نكاح اليهودية، ج1، ص224. والحديث صحح الألباني في الإرواء. الألباني: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، لبنان، ط2، 1985، ج6، ص301.

² - عمرو، عبد الفتاح: السياسة الشرعية في الأصول الشخصية، دار النفائس، الأردن، ط1، 1998م، ص54.

³ - ابن منصور، سعيد: سنن سعيد بن منصور، مرجع سابق، كتاب الوصايا، باب نكاح اليهودية، ج1، ص225.

⁴ - جاء في رواية الطبري - عن طريق سعيد بن جبير - أن عمر بن الخطاب بعث إلى حذيفة لما ولاه المدائن وكثرت المسلمات، أنه بلغني أنك تزوجت من أهل الكتاب فطلقها، فكتب إليه: لا أفعل حتى تخبرني أحلال أم حرام، وما أردت بذلك؟ فكتب إليه: لا بل حلال، ولكن في نساء الأعاجم خلافة، فإن أقبلتم عليهن غلبنكم على نساتكم، فقال، الآن، فطلقها" ينظر: الطبري، تاريخ الطبري، دار التراث، لبنان، ط2، 1387هـ، ج3، ص588.

مر العصور. إلا ترى أن للطبيب أن يمنع بعض الأطعمة المباحة عن مريض لأن في تناولها أخطارا يضحى إلى جانبها بالرغبة في الطعام؟ لكن هذا المنع مؤقت بالأحوال الصحية، وليس فيه تحريم هذه الأطعمة على الإطلاق، أو منعه منها لذاتها¹.

المطلب الثاني: فقه الواقع ومكانته في الاجتهاد التنزيلى

لا يكفي للقائم بالعمل التنزيلى إجراء الأحكام الشرعية - بنحو آلي - على الوقائع الإنسانية، بما تفصد له من نظر ودقة تصور وحسن تكييف، بل لابد أن يضارعه نظر آخر يمتد ليبسط أكنافه على الأوضاع الملبسة لتلك الوقائع المنظورة، ويستجلي كنهها، ومكون أثرها على موضوع القضية وأطرافها، لأن لها تأثيرا حكما فاعلا ومرعيا في عين الشرع وميزانه الفقهي. وهذا ما سنحاول تجليلته في هذا المحور البحثي من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: مفهوم فقه الواقع

نستهل موضوع فقه الواقع بفرع مفاهيمي، نحاول فيه بسط القول في مدلول هذا الفقه، وبحث معناه الذي لا زال مستعص على القولية والضبط لدى جانب عريض من الفقه. وسنقوم بتعريف مفردتي المصطلح المركب، ثم نتولى تعريف المركب اللقبي له.

أولا - تعريف الفقه:

1- تعريف الفقه لغة:

الفقه في اللغة يفيد معان عدة أهمها: الفهم، والعلم²، وقد يراد به الفطنة³. وغلب على علم الشريعة واختص

به لسيادته، وشرفه، وفضله على سائر أنواع العلم⁴.

2- تعريف الفقه اصطلاحا:

1 - بلتاجي، محمد: منهج عمر بن الخطاب في التشريع، دراسة متنوعة لفقه عمر وتنظيماته، دار الفكر العربي، لبنان، د.ط، 1969م، ص304.
2 - الفارابي: الصحاح، مرجع سابق، ج6، ص2243. ابن فارس، أحمد: معجم اللغة، مرجع سابق، ص703. ابن سيده، أبو الحسن: المحكم والمحيط الأعظم، مرجع سابق، ج04، ص128.
3 - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج13، ص523. ابن سيده، أبو الحسن: المحكم والمحيط الأعظم، مرجع سابق، ج04، ص128. الزبيدي: تاج العروس، ج1، مرجع سابق، ج36، ص456.
4 - ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ج4، ص442. ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج13، ص522. الرّازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص242.

هو العلم الذي يقرر حكم الأفعال والتصرفات من حيث الحل والحرمة والندب والكرهية والاباحة، وقد افتقرت في تعريفه كلمة العلماء، فكان اطلاقهم له على معنيين أحدهما يعني: "العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة بادلته التفصيلية"¹، بينما يقصره الرأي الثاني على الأحكام نفسها لا معرفتها أو العلم بها؛ فيكون تعريف الفقه المختار هو: "الأحكام الشرعية العملية المكتسبة بادلته التفصيلية"².

ثانياً-تعريف الواقع:

1-تعريف الواقع لغة:

لفظة الواقع فاعل لفعل "وقع"، الذي يعني السقوط؛ يقال للمطر وقع ويقع وقوعاً، فهو واقع، إذا سقط³. وقد يعني الوجوب⁴؛ كما في قوله تعالى: ﴿وَإِذَا وَقَعَ الْقَوْلُ عَلَيْهِمْ أَخْرَجْنَا لَهُمْ دَابَّةً مِّنَ الْأَرْضِ تُكَلِّمُهُمْ أَنَّ النَّاسَ كَانُوا بِآيَاتِنَا لَا يُوقِنُونَ﴾⁵. كما يحمل معنى الاصابة والنزول؛ كما في قوله تعالى: ﴿وَلَمَّا وَقَعَ عَلَيْهِمُ الرِّجْزُ قَالُوا يَا مُوسَى ادْعُ لَنَا رَبَّكَ بِمَا عَهِدَ عِنْدَكَ لَئِن كَشِفْتَ عَنَّا الرِّجْزَ لَنُؤْمِنَنَّ لَكَ وَلَنُرْسِلَنَّ مَعَكَ بَنِي إِسْرَائِيلَ﴾⁶؛ أي أصابهم ونزل بهم⁷.

2- تعريف الواقع اصطلاحاً:

يعد الواقع من أعقد المفاهيم التي تتشابك فيها مكونات بنيتها على مستويات عدة، سيما ما تعلق منها بالأشخاص والأزمان والأمكنة والأحوال المتغيرة، وهو الأمر الذي عقّد من مهمة ضبط تعريف دقيق له، حيث اجتهد بعض الباحثين في وضع حد مستجمع لكل هذه المكونات المتداخلة والمتفرعة، إذ يعرفه

1- الزركشي: تشنيف المسامع بجمع الجوامع، مكتبة قرطبة للبحث العلمي، مكة، ط1، 1998م، ج1، ص130، السبكي: الإبهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1995م، ج1، ص28. الأسنوي: التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط1، 1400هـ، ص50، الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه، مرجع سابق، ج1، ص34. المنياوي: التمهيد، شرح مختصر الأصول من علم الأصول، المكتبة الشاملة، مصر، ط1، 2011م، ص4.

2- المنياوي: الشرح الكبير لمختصر الأصول من علم الأصول، المكتبة الشاملة، مصر، ط1، 2011م، ص74.

3- الفارابي: الصحاح، مرجع سابق، ج3، ص1301. ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج8، ص402. الفيومي، أحمد: المصباح المنير، مرجع سابق، ج2، ص668.

4- الهروي، ابن منصور: تهذيب اللغة، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ط1، 2001م، ج3، ص24، ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج8، ص403، الفيروز ابادي، مجد الدين: القاموس المحيط، مرجع سابق، ص772. ابن سيده، أبو الحسن: المحكم والمحيط الأعظم، مرجع سابق، ج2، ص274.

5- [سورة النمل: الآية 82]

6- [سورة الأعراف: الآية 134]

7 ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج8، ص403. الهروي، ابن منصور: تهذيب اللغة، مرجع سابق، ج3، ص24.

صديق حسن خان بأنه: "ما عليه الشيء نفسه في ظرفه، مع قطع النظر عن إدراك المدركين وتعبير المعبرين"¹، بينما يعرفه عبد المجيد النجار بأنه: "ما تجري عليه حياة الناس في مجالاتها المختلفة من أنماط في المعيشة، وما تستقر عليه من تقاليد واعراف، وما يستجد فيها من نوازل وأحداث"².
وأياً ما كان فإن من الضروري القول هنا بأن الواقع المعني يبحث فقهاء، ومدارسته هنا، هو ما كان له تأثير في الاعتبار الشرعي، وليس مطلق الواقع بالمعنى العمومي الشمولي، الذي يصعب لأي دراسة أن تحيط بمكوناته، لكثرة اوعيته وتشعب روافده³، كما سنبين في الفرع الموالي.

ثالثاً- التعريف اللقبى لفقهاء الواقع:

تباينت التعريفات والحدود التي صاغها الباحثون لهذا المصطلح الحديث ذو المفهوم القديم⁴، تباين الابعاد المراد إبرازها فيه بحسب العموم والخصوص المراد صب قالب هذا المفهوم فيه:
فقد عرفه سعيد البيهي بأنه: "معرفة ما عليه الشيء بنفسه في ظرفه، وكيفية استفادته وحال المستفيد"⁵، وهو تعريف يستلهم فلسفته من حد صديق حسن خان لمفهوم الواقع⁶.
- بينما حاول الشاهد بوشيخي اعطاء بعد عالمي للمصطلح فقال في تعريفه لفقهاء الواقع بأنه: "الفهم الدقيق النافذ إلى أعماق الوضع الذي عليه الامة بكل مكوناتها، في هذا الظرف المعيش داخل المجال الدولي المحيط"⁷، وهذا الحد - كما في سابقه - ممتد ليشمل الأوضاع ذات التأثير في الاعتبار الشرعي وغيرها.
ولذلك حاول ما هر حصوه قصر أبعاد المفهوم في دائرته الفقهية، فجاء في تعريفه له بأنه: "إدراك الأوصاف المؤثرة، والأحوال المعاشة، المقتضية تطبيق حكم الشرع"⁸.

¹ لم يعهد للفقهاء المتقدمين تعريف مصطلح الواقع أو استعمال لفظه بالمعنى الاصطلاحي الحديث، رغم افادة بعض الحقول المعرفية الاخرى منه في معان تناسب وتوجهات تخصصها المعرفي، كعلم الكلام، والنحت، والفلسفة، والتصوف. الجرجاني: **التعريفات**، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1983م، ج 1، ص 249. ابن القاضي: **كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم**، مكتبة لبنان ناشرون، لبنان، ط 1، 1996م، ج 1، ص 890، ج 2، ص 1752. تلوت، جميلة: **فقه التنزيل عند الامام ابن تيمية**، مرجع سابق، ص 67.
² -ورد لعبد المجيد البخار تعريف آخر للواقع قصره على مجموع الأفعال الإنسانية التي يراد تنزيل الأحكام عليها وتوجيهها بحسبها، وهو أخص من التعريف الأول، ينظر: النجار، عبد المجيد: **خلافة الإنسان بين الوحي والعقل**، مرجع سابق، ص 120.
³ -حصوة، ماهر حسين: **فقه الواقع وأثره في الاجتهاد**، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2006، ص 14.
⁴ -عبر الشاطبي في موافقاته عن معنى هذا المصطلح دون تسميته بقوله بأنه "العلم بالموضوع، على ما هو عليه" ينظر: **الشاطبي**، أبو إسحاق: **الموافقات**، مرجع سابق، ج 05، ص 128.
⁵ - البيهي، سعيد: **التأصيل الشرعي لمفهوم فقه الواقع**، دار العالمية، مصر، ط 2، 2005، ص 195.
⁶ - البيهي، سعيد: **التأصيل الشرعي لمفهوم فقه الواقع**، مرجع نفسه، ص 193 و 195.
⁷ - بوشيخي، الشاهد: **فقه الواقع الأمة**، مجلة حراء، تركيا، ع 33، 2012، ص 12 وما بعدها.
⁸ -حصوة، ماهر حسين: **فقه الواقع وأثره في الاجتهاد**، مرجع سابق، ص 15.

بيد أن هذا التعريف - كما ترى - يجمع بين أحوال فقه واقع النص، وفقه تطبيقه، وحيث أن الدراسة مقتضرة على تحقيق مناهج الأحكام، وجب حصر هذا التعريف ضمن هذا الإطار الذي يستدعي قصره على الجانب التشخيصي والتعيني، فيكون التعريف المتلخص لفقه الواقع - من وجهة مجال اختصاص هذه الدراسة - بأنه: "إدراك الأوضاع الإنسانية، والظروف الحياتية المؤثرة في تشخيص الأفعال والأعيان، وتنزيل الأحكام الشرعية".

الفرع الثاني: مكانة فقه الواقع في الاجتهاد التنزيلى

يعد فقه الواقع وإدراك أوضاعه الإنسانية الفاعلة في صنع الأحكام الشرعية مقدمة جوهرية لإنزال هذه الأحكام على محالها المناسبة، فهو أحد أهم شروط التمكين من التنزيل والفتيا¹. والفقيه الحق "من يتوصل بمعرفة الواقع، والتفقه فيه إلى فقه حكم الله ورسوله ﷺ"². ومنه ففقه أوضاع الواقعة يمثل الوسيلة الأولى لجعل الواقع متمثلاً لحكمه الذي يناسبه، ليفضي بالتالي إلى تحقيق مقصود الشرع من تنزل هذا الحكم على ذاك الواقع³. فهو يجسد حلقة الوصل بين فقه النص وبين الاجتهاد في تطبيقه، وفي ذلك يقول ابن القيم: "لا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم:

- أحدهما: فهم الواقع والفقه فيه، أو استنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات، حتى يحيط به علما.

- والنوع الثاني: فهم الواجب في الواقع، وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه أو على لسان رسوله ﷺ في هذا الواقع، ثم يطبق أحدهما على الآخر فمن بذل جهده، واستفرغ وسعه في ذلك لم يعدم أجرين أو أجراً، ومن سلك غير هذا أضعاف على الناس حقوقهم، ونسبه إلى الشريعة التي بعث الله بها رسوله ﷺ".⁴

فمهمة التنزيل تنحصر في إسقاط هذا الفهم الأولي على نازلة بعينها، من خلال ربط الأفهام في ذهن المجتهد بواقع تلك النازلة، وتحقيق مناطاته فيها. وتبدل ظروف وملابسات هذا الواقع، هو ما يجعل صور هاته النازلة تتغير وتبدل، وبالتالي تتغير معها الأحكام والمناطات، ويعبر عن ذلك الإمام الشاطبي بقوله: "إن كل صورة من صور النازلة، نازلة مستأنفة في نفسها، لم يتقدم لها نظير، وإن تقدم لها في نفس الأمر

¹- بنصيرة، سالم: فقه التنزيل، مرجع سابق، ص 77. الريسوني، قطب: اضطراب الفتوى في القضايا المعاصرة، بحوث مؤتمر الفتوى واستشراف المستقبل، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة القصيم، السعودية، شعبان 1434هـ، ج 3، ص 831.

²- ابن القيم: إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج 01، ص 69.

³- بو شعراء، زيد: فقه الواقع وتنزيل الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص 31.

⁴- ابن القيم: إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج 01، ص 69.

فلم يتقدم لنا، فلا يد من النظر فيها بالاجتهاد، وكذلك إن فرضنا أنه تقدم لنا مثلها فلا بد من النظر في كونها مثلها، أم لا وهو نظر اجتهاد¹.

ومنه فإن فهم دقائق الواقع وإدراك جزئيات عناصره نصف الحقيقة، والطريق التي يتوجب على الفقيه سلوكها للوصول إلى التنزيل الصائب للحكم على الفعل الملائم². وما لم يتحقق هذا الفهم على وجهه الأكمل، ويستوعب جميع بني النازلة المتشعبة، فإن النظر التطبيقي والتنزيل العملي سيجانب حتما الصواب، وسيخلط صراط الحق لا محالة، لأن "الواقع من حيث هو موضوع خطاب الشارع ومحل تشريعه وتوجيهه، وموضع إصلاحه وتغييره واقع واسع، ومتشعب، ودقيق، يجمع بين الثبات والتغير، وبين القدم والجدة، وتترابط عناصره تأثيراً وتأثيراً، وتختلف عوامله ظهورياً وخفياً، وتتفاوت أحواله بساطة وتعقيداً"³.

وتؤكد هذه الأهمية أكثر في هذا العصر، الذي تعقدت فيه الحوادث، وتشعبت فيه النوازل، واستعصت فيه المشكلات، ودقت فيه الوقائع الطارئة على شتى الصعد الاقتصادية والاجتماعية والطبية...⁴، حيث أضحى من العسير على أي فقيه، مهما تهيأت له أسباب وآليات الاجتهاد، أن يحيط بجشيات هاته الوقائع ويستكنه دقائق جزئياتها، وتفصيل متعلقاتها المتجددة والمتغيرة، مما جعل الاستعانة بخبراء الاختصاص في تلك الحقول المعرفية أمراً لا مناص منه، لأجل بناء تصور دقيق لملايسات الواقع الحادث، واستكمال الفهم التام لجزئياته، على نحو يكفل إلا يُضار مقصود الشرع في هاته الواقعة أو تلك⁵. فالواقع حسب البعض هو مختبر تتحدد فيه مقاييس المواءمة والملائمة للفعل الاجتهادي مع النوازل المستجدة⁶، بينما يعد الخبير شريكاً للمجتهد في تحقيق مناسبات الأحكام لتلك المستجدات والنوازل⁷.

الفرع الثالث: مقومات فقه الواقع

تعدد المسالك التي يتقصد فقه الواقع المؤثر على توقيح المناط إلى جملة عوامل أهمها: الحال والظرف، والزمان، والمكان، والأشخاص⁸. وهي تمثل بحسب الشاطبي طرق الاقتضاء التبعية للأحكام، بسبب سلطانها المؤثر في مناط كل نازلة بعينها، تأثيراً يغير في المعنى الذي راعاه الشرع في ذلك الحكم، وقصده

¹ الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 05، ص 14.

² الخادمي، نور الدين: الاجتهاد المقاصدي، حجته وضوابطه ومجالاته، سلسلة الأمة، قطر، ط 1، جمادى الأولى 1419 هـ، ج 2، ص 67.

³ -بو شعراء، زيد: فقه الواقع وتنزيل الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص 28.

⁴ -الخادمي، نور الدين: الاجتهاد المقاصدي، حجته وضوابطه ومجالاته، مرجع سابق، ج 2، ص 18.

⁵ -شكري، فريد: الاجتهاد الفقهي من الاستنباط إلى التنزيل، مرجع سابق، ص 171.

⁶ -حصوة، ماهر حسين: فقه الواقع وأثره في الاجتهاد، مرجع سابق، ص 34.

⁷ -بنصيرة، سالم: فقه التنزيل، مرجع سابق، ص 77.

⁸ -زايدي، عبد الرحمن: الاجتهاد بتحقيق المناط وسلطانها، مركز التراث الثقافي المغربي، الدار البيضاء، ط 1، 2001، ص 196 و 197.

لأجله¹، ولذلك وجب على الناظر بسط اجتهاده في هذه اللواحق التي تطرأ على الوقائع، وتؤثر في ميزان الحكم عليها². والأحكام التي يلحقها هذا التأثير هي المنظورة بالاجتهاد القياسي أو المصلحي، لا الأصول العامة التي يتحقق بها قوام الشريعة، ويتأكد بما ثابها وديمومتها، إذا توافرت لها الإرادة والقدرة على التطبيق، فالتغيير التنزيلي لا ينال إلا المسائل التطبيقية والوسائل المجسدة لتلك الأسس على أرض الواقع والعوامل اللصيقة بها³، ومن جملتها:

أولاً: الأحوال والظروف:

المقصود بالأحوال والظروف هنا صفة وقوع النازلة وهيئته وكيفيته، والظواهر الملازمة له، وهذا المقوم ضابط مرعي في إصدار الأحكام عند نظر الأفعال الحادثة، وتقسيم مدى صلاحية انضوائها ضمن مناسبات أحكامها المتعينة لها، بحيث يقع بها تقدير ما إذا كان الفعل الإنساني مستجعماً للشرائط التي تضمن الإفضاء إلى مراد الله عند تنزيل الحكم عليه، فيمضي إلى التوقيع، أو لا يتحقق ذلك الإفضاء فيتوقف في ذلك التنزيل، ويأل إلى بحث المناط المناسب لذلك الحال الملابس، وهذا ما تقتضيه مرونة الشرع وتيسيره على المكلفين⁴.

وفي ذلك يقول الشاطبي: "إنا وجدنا الشارع قاصدا لمصالح العباد، والأحكام العادية تدور معه حيثما دار، فترى الشيء الواحد يمنع في حال لا تكون فيه مصلحة، فإذا كان فيه مصلحة جاز"⁵. وبذا يفهم قرار الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه في منع الزواج بالكتبايات، مع وجود نص قرآني صريح في إباحته لقوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الْطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾⁶. فقد روي « أن حذيفة بن اليمان تزوج يهودية بأرض المدائن، فكتب إليه عمر، أن طلقها فكتب إليه: لم؟ أحرام هي؟ فكتب إليه عمر: لا، ولكن خفت أن تعاطوا المومسات منهن»⁷. وفي رواية أخرى: «لا، ولكنك سيد المسلمين، ففارقها»¹.

1 - شاهين، صفاء: الضوابط المعيارية في تنزيل الأحكام الشرعية، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الأردن، 2009م، ص 41. خير الله، محمد: الواقعة سبب من اسباب الحقوق والالتزامات، الكتب العلمية، لبنان، ط1، 2011، ص 45.

2- الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 03، ص 292.

3 - الزرقا: المدخل الفقهي، مرجع سابق، ص 942، النجار، عبد المجيد: الثبات والتغيير في الحكم الشرعي وعلاقتها بالزمان والمكان، مجلة الصراط، كلية العلوم الإسلامية - جامعة الجزائر، الجزائر، سنة 09، ع 15، جويلية 2007، ص 19 وما بعدها.

4- عبد المجيد، قاسم: فقه النوازل وفقه الواقع مقاومة الضوابط والشروط، بحوث مؤتمر الفتوى واستشراف المستقبل، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة القصيم، السعودية، شعبان 1434هـ، ج 3، ص 488.

5 - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 02، ص 520.

6 [سورة المائدة: الآية 05]

7 - ابن منصور، سعيد: سنن سعيد بن منصور، مرجع سابق، كتاب الوصايا، باب نكاح اليهودية والنصرانية، ج 1، ص 242.

فقد رأى عمر -بنافذ نظره- أن مناط الإباحة غير متوافر في هذه الزيجة، لتلبسها بأحوال لا يمكن معها تبين الإحصان والعفة في الكتابيات، خصوصا وأن المدائن أرض حرب، وكما أن في نكاح الحذيفة لليهودية، وهو قائد جيش المسلمين تشجيعا للمسلمين على الاقتداء به، وفي ذلك أبلغ الضرر بالمحصنات من المؤمنين، اللواتي يخشى عليهن العنوسة والفتنة في الدين، والتي يمكن أن تشمل حديثي العهد بالإسلام في جيش الحذيفة؛ فقد يتوهم بعضهم جهلا أن صاحب رسول الله ﷺ تزوج كافرة، ويغفل الرخصة التي كانت من الله ﷻ في نكاح الكتابيات فيقبل على زواج المحوسيات والكافرات، فيقع من ذلك فساد عريض، بسبب عدم مراعات الحال التي تنزل فيها الحكم على محله.

ثالثا- الزمان والمكان:

يمثل الزمان والمكان الأظرفة التي تحتضن الحوادث والوقائع، باعتبارها ضرورة من ضرورات هذا الوقوع وذاك الحدوث، فكان بينهما من الالتصاق والاتصال شدة تؤثر في استمداد الأحكام الشرعية المناسبة لها. بل إن سلطتهما تمتد إلى التأثير على الأحوال التي تلبس الأفعال الإنسانية، والظروف التي تتمصصها إنشاء تغييرا. ومن هنا وجب على ناظر الواقع، في توقيعه للحكم الشرعي على محاله المناسبة، أن يفقه واقع مكانه، وينظر حال زمانه، حتى يصل حد الكفاية في مراعات عناصر التشخيص المتعلقة بمكان وزمان الصور المدروسة، بعيدا عن منطق التعميم والتشريك المطلق حيث لا تتأتى له ضوابطه العلمية والمنطقية². وتتجلى أهمية فقه مكان الواقعة في تنزيل الأحكام من خلال إدراك التبدل الذي ينال من تلك النوازل، من مكان لآخر؛ فحوادث الحضر غير وقائع البدو، وما يلائم المسلمين في دار الإسلام، قد لا يحقق مقصوده الشرعي في دار الكفر، مع غربة الدين وفساد الحال بسبب سيول النوازل الجارفة، والمستجدات المتتابعة التي تموج بها الحياة هناك، مما يستوجب معه نظرا خاصا وأحكاما غير أحكام دار الإسلام، وعلى هذا النهج تنظر أحكام النفقات وتقدر معاني المثالات في المهور، والصدقات، وألفاظ الطلاق وغيرها. فإذا جرى عرف أهل مكان ما على اعتبار لفظ معين في الطلاق، تعين حكمه عندهم بسبب هذا الجريان³. كما أن لمقوم الزمان أثرا بارزا في تكوين بنية فقه الواقع؛ ذلك أن كل حقبة تمر، يستجد معها من التغيرات العرفية، والأوضاع التنظيمية، والضرورات الملجئة، ما يستدعي تجديدا في النظر الفقهي، وتحديثا في الفكر الاجتهادي، وعلى ذلك صيغت القاعدة الفقهية العامة: "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان"⁴، التي

1 - ابن منصور، سعيد: سنن سعيد بن منصور، مرجع نفسه، كتاب الوصايا، باب نكاح اليهودية والنصرانية، ج1، ص 225.

2 - النجار، عبد المجيد: فقه التدوين، مرجع سابق، ج 2، ص 72.

3 - القرافي: الفروق، مرجع سابق، ج1، ص 23. ابن الهمام، كمال الدين: فتح القدير، دار الفكر، سوريا، د.ط، د.ت، ج 4، ص 117.

4 - الزرقا: شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص 149، البركي، محمد: قواعد الفقه، الصدف ببلشرز، باكستان، ط 1، 1986م، ص

جعلت أتباع المذاهب المختلفة يفتون بغير ما أفتى به أئمتهم، وعللوا ذلك بأنه اختلاف عصر وزمان، لا حجة وبرهان¹.

ومن نماذج أعمال مقوم الزمان إمضاء عمر رضي الله عنه للطلاق الثلاث بلفظ واحد طلاقاً باتاً؛ فقد كانت الفتوى في زمن رسول الله ﷺ، وزمن خليفته أبي بكر رضي الله عنه، وصدرًا من خلافة عمر ابن الخطاب رضي الله عنه، على أن طلاق الثلاث بلفظ واحد في حكم الطلقة الواحدة، فلما رأى استهانة الناس بأمر الطلاق، وتسارعهم فيه على غير ما شرعه الله لهم من تتابع الطلقات، المرة بعد المرة، أمضاهم على ما اختاروه لأنفسهم من العقوبة والتشديد.

وتلك حكمة تشريعية أجزاها الله على لسان أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه، غير أن الزمن استدار فيما بعد، وانخرمت الذمم، وقام للتحليل المنهي عنه في هذه الأزمان سوق عظيم ونادى به كل بوق، واستحكم الاستهتار بشريعة الطلاق حتى "شكت الفروج فيها إلى ربها من مفسدة التحليل، وقبح ما يرتكبه المحللون، مما هو رمد، بل عمى في عين الدين، وشجى في حلوق المؤمنين، من قبائح تُشمت أعداء الدين به، وتمنع كثيرا ممن يريدون الدخول فيه بسببه، بحيث لا يحيط بتفاصيلها خطاب، ولا يحصرها كتاب، يراها المؤمنون كلهم من أقبح القبائح، ويعدونّها من أعظم الفضائح، قد قلبت من الدين رسمه، وغيرت منه اسمه، وضمخ التيس المستعار فيها المطلقة بنجاسة التحليل، وقد زعم أنه قد طيها للتحليل، فيا لله العجب، أي طيب أعارها هذا التيس الملعون؟ وأي مصلحة حصلت لها ولمطلقها بهذا الفعل الدون؟"². فكان الواجب في حق هذا الزمن أن يرد الحكم إلى العهد الأول على ما كان من اعتبار الطلاق الثلاث في المجلس الواحد طلقة واحدة، حسما لمفسدة التحليل، وقطعا لدابر التلاعب بشرع الله في أحكام الفروج.

ثالثا- الأشخاص:

إذا كان الزمان والمكان هما الأوعية التي يتشكل فيها الواقع، وما يحفه من أحوال مؤثرة، فإن الإنسان هو المقوم الفاعل لهذا الواقع وموجبه؛ فلا تصور لواقع ما بمعزل عن الإنسان، ولذلك كانت معرفة الطبائع الإنسانية، والإحاطة بالاستعدادات الجبلية للنفوس، وأحوال الناس، وخصائص الشخصيات تُعد أسسا جوهرية في تصويب عملية الاجتهاد التنزيلى على الواقع³. والنفوس في ذلك ليست على وزان واحد، كما أنّها في العلوم والصناعات كذلك، ف"ربّ عمل صالح يدخل بسببه على رجل ضرر أو فتره، ولا يكون كذلك

¹- ابن الهمام، كمال الدين: فتح القدير، مرجع سابق، ج7، ص 378. الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج3، ص 185، الزرقا: المدخل الفقهي، مرجع سابق، ص941، شاهين، صفاء: الضوابط المعيارية في تنزيل الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص47.

²- ابن القيم: إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج3، ص39.

³- ابن محمد، عبد الرؤوف: الاجتهاد تأثره وتأثيره في فقه المقاصد والواقع، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 2013م، ص601.

بالنسبة إلى آخر، ورب عمل يكون حظ النفس والشيطان فيه، بالنسبة إلى العامل، أقوى منه في عمل آخر، ويكون بريئاً من ذلك في بعض الأعمال دون بعض¹.

فهذا التفاوت في القدرات، والتباين في الطاقات، والاختلاف في النفسيات، يؤثر في استطاعة البشر على تحمل التكاليف الشرعية، والصبر على كُلفها، ولذلك وجب على المجتهد أن يراعى هذه الأوضاع، ويميز بينها قوة وضعفاً، وصحة وسقماً، وحرماً وسلاماً، وخوفاً وأمناً، ليصل إلى تنزيل الأحكام الشرعية الملائمة لكل شخص بعينه بحسب ما تفصد عنه هذا النظر من نتائج²، فطبيعة المكلف ومنزلته لها اعتبار في الحكم³. ولذلك اشترط أحمد وابن عابدين لمتولي منصب الإفتاء معرفة الناس والإحاطة بنفسياتهم، وطبائعهم، والتيقظ لحيلهم، ودسائسهم⁴. وصاحب هذا التحقيق بحسب الشاطبي هو الذي "رُزق نورا يعرف به النفوس ومراميتها، وتفاوت إدراكها، وقوة تحملها التكاليف، وصبرها على حمل أعبائها أو ضعفها، ويعرف التفاتها إلى الحظوظ العاجلة أو عدم التفاتها، فهو يحمل على كل نفس من أحكام النصوص ما يليق بها، بناء على أن ذلك هو المقصود الشرعي في تلقي التكاليف، فكأنه يخص عموم المكلفين والتكاليف بهذا التحقيق"⁵.

وقد زاد من أهمية هذا الأصل فساد الزمان والأخلاق، فتعين على الناظر أن يكون متيقظ الحس، نبيه الفكر إلى معرفة الناس في الإفتاء والقضاء على السوء، فهو مفتقر إلى أن يعلم "حيل الناس ودسائسهم، فإذا جاءه السائل يقرره من لسانه، ولا يقول له إن كان كذا فالحق معك، وإن كان كذا فالحق مع خصمك، لأنه يختار لنفسه ما ينفعه، ولا يعجز على إثباته بشاهدي زور، بل الأحسن أن يجمع بينه وبين خصمه فإذا ظهر له الحق مع أحدهما كتب الفتوى لصاحب الحق، وليحترز من الوكلاء في الخصومات فإن أحدهم لا يرضى إلا بإثبات دعواه لموكله بأي وجه أمكن، ولهم مهارة في الحيل والتزوير، وقلب الكلام وتصوير الباطل بصورة الحق، فإذا أخذ الفتوى قهر خصمه ووصل إلى غرضه الفاسد، فلا يحل للمفتي أن يعينه على ضلاله وقد قالوا من جهل بأهل زمانه فهو جاهل، وقد يسأل عن أمر شرعي، وتدل القرائن للمفتي المتيقظ أن مراده التوصل به إلى غرض فاسد كما شهدناه كثيراً"⁶.

1- الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج5، ص24.

2- القرضاوي: موجبات تغيير الفتوى، لجنة التأليف والترجمة بالاتحاد العالمي للعلماء المسلمين، لبنان، د.ط، د.ت، ص61.

3- زايدي، عبد الرحمن: الاجتهاد بتحقيق المناط وسلطانته، مرجع سابق، ص197.

4- ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج5، ص359. ابن القيم: إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج4، ص157.

5- الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج5، ص24.

6- ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج5، ص359.

ويشهد لهذا الأصل في الكتاب تشريع الرخص في العبادات، ومراعات أهل الضرورات، والتخيير في الكفارات والتنويع في بعض العقوبات¹. وكما أن السنة النبوية زاخرة بأمثال هذه المراعات لأحوال النفس البشرية في تحقيق المناطات بالافتضاء التبعي؛ ومن ذلك تنوع الإجابات النبوية على السؤال الواحد، بحسب ما تنهياً له كل نفس من قدرة الأداء، وصلاحية التكليف؛ فقد سئل ﷺ عن أفضل القربات، وأحسن الأعمال فأجاب إجابات مختلفة، لو "حمل كل واحد منها على إطلاقه أو عمومه لاقتضى مع غيره التضاد في التفضيل"². ومن ذلك أيضاً تمايز أحوال المكلفين في الزواج بين الحل والحرم والكره والندب، فما يجوز لزيد قد يحرم على عمر، بحسب تحقق المناط أو تخلفه في هذه الحالة أو تلك.

الفرع الرابع: طرق استفادة فقه الواقع

تعدد طرق إفادة فقه الواقع تعدد الأوضاع الحادثة، وتختلف باختلاف الأشخاص الفاعلة فيها، غير أنه يمكن ضبط ذلك الكل الجمعي المتشعب بالقرائن والأمارات الدالة على ذلك، وهو ما سنقوم برصده في هذا الفرع من خلال:

أولاً - القرائن والأمارات:

ونعني بها: "الأمر التي تدل على المطلوب دلالة غير مباشرة ولا تكون صريحة"³، وهي بذلك تعد ركناً معيناً على تفقه واقع النازلة، وإدراك كنهها وإفادة حقيقتها. والاتفاق حاصل بين أهل الفقه في اعتماد القرائن في الأحكام، وهي من الكثرة بحيث لا تنضبط ولا تنحصر، بل وتختص كل حادثة بعين ما احتف بها من أمارات وقرائن الأحوال. فما تفيده هذه القرائن مع واقعة ما، قد لا تثمره مع أخرى⁴.

1- أنواع القرائن:

تنقسم القرائن باعتبار مصدريتها إلى ثلاثة أقسام:

أ- القرائن النصية:

من الأمارات ما تولى الشارع بيانه، والإرشاد إلى اعتباره، وتسمى القرائن الشرعية؛ كقرينة الفراش في ثبوت النسب للحديث الوارد بشأن اختصام سعد بن أبي وقاص مع عبد بن زمعة في غلام، فقال سعد:

¹ - شاهين، صفاء: الضوابط المعيارية في تنزيل الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص55.

² - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 5، ص 25.

³ - سانو، قطب: معجم مصطلحات أصول الفقه، دار الفكر، سوريا، ط1، 2000، ص331.

⁴ الماززي: شرح النلقين، دار الغرب الإسلامي، لبنان، ط 1، 2008م، ج3، ص 183. الونشريسي: المعيار المعرب، مرجع سابق، ج1، ص231.

ابن أخي، قد عهد الي فيه، فقام عبد بن زمعة فقال: أخي وابن وليدة أمي، ولد على فراشه، فقال رسول الله ﷺ: «هو لك يا عبد ابن زمعة»، ثم قال: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»¹. فأوقع ﷺ ما قام من أمارة الفراش بين زمعة والجارية موقع العلامة والامارة على ثبوت نسب الغلام لزمعة، رغم شدة شبه هذا الغلام بعتبة. وكقرينه السكوت في اعتبار رضا البكر بالزواج، لقوله ﷺ في حديث أبي هريرة رضي الله عنه: «لا تنكح الأم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن»، قالوا يا رسول الله وكيف إذنها، قال: «أن تسكت»².

ب- القرائن القضائية:

هي: "استنباط القاضي من واقعة معلومة لإثبات واقعة مجهولة"³، ومعتمد هذا النوع من العلامات فطنة الناظر، وجودة ذكائه، وحدة فراسته. ويبرز ابن القيم هذا المعنى بقوله: "الحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الإمارات، ودلائل الحال، ومعرفة شواهد، وفي القرائن الحالية والمقالية كفقهاء في جزينات وكليات الأحكام، أضع حقوقا كثيرة على أصحابها، وحكم بما يعلم الناس بطلانه، لا يشكون فيه، اعتمادا منه على نوع ظاهر، لم يلتفت إلى باطنه وقرائن أحواله"⁴. ومثال القرائن القضائية ما ورد في الحديث الصحيح أن امرأتان في عهد داود عليه السلام كانتا وابنين لهما فجاء الذئب فذهب بابن إحداهما، فقالت صاحبتها: "إنما ذهب بابنك"، وقالت الأخرى: "إنما ذهب بابنك"، فتحاكمتا إلى داود، ففضى به للكبرى، فخرجتا على سليمان بن داود عليه السلام، فأخبرته فقال: "اتنوبي بالسكين أشقه بينهما"، فقالت الصغرى: "لا تفعل يرحمك الله، هو ابنها"، ففضى به للصغرى⁵، إعمالا لأمانة الشفقة والرحمة التي احتفت بها، دون صاحبتها التي دثرتها اليبوسة والغفلة والقساوة⁶.

ج- القرائن الفقهية:

- 1- البخاري، الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب الخصومات، باب دعوى الوصي للميت، ج 3، ص122.
- 2- البخاري، الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر إلا برضاها، ج 7، ص 17.
- 3- الجبوري، هاشم: القرائن وأثرها في الإثبات والقضاء الإسلامي، مجلة البحوث والدراسات الإسلامية، ديوان الوقف السني، العراق، ع 5، 2006، ص205.
- 4- ابن القيم، الجوزية: الطرق الحكمية، دار عالم الفوائد، السعودية، ط 1، 1428هـ، ص04.
- 5- البخاري، الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب أحاديث الانبياء، باب قوله تعالى: ﴿وَوَهَبْنَا لِداوُدَ سُلَيْمَانَ نِعَمَ الْعَبْدِ إِنَّهُ أَوَّابٌ﴾، ج 4، ص162.
- 6- القاري، علي: مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، دار الفكر، لبنان، ط 1، 2002م، ج 09، ص3655.

هي الأمارات والعلامات التي استنبطها الفقهاء من الوقائع ودلائل الحال المصاحبة للوقائع المراد إثباتها في الفتاوى، والدعاوى المعروضة عليهم، فأقاموها مقام الدليل والحجة، وأثبتوها في مصنفاتهم وتآليفهم¹. ومن نماذجها:

- انعقاد الاتفاق على جواز وطء الزوج للمرأة التي تهديها النساء ليلة الدخول، ومقتضى ذلك دلالة الأحوال على أنها هي المحل الذي وقع عليه عقد النكاح، وإن لم تحصل بين الزوجين رؤية، أو تثبت بشهادة².

- إبطال بيع المريض مرض الموت فيما زاد عن ثلث المال، إلا بإجازة من الورثة، لأنه تصرف في محل تعلق به حق الوارث، فكان قرينة على الإضاعة والإضرار³.

ومبلغ احتياج الناظر لقرائن الأحوال يكمن في استفادة إدراك جزئيات الواقع، تمهيدا لفهمه والفقهاء فيه، ومن ثم تنزيل الأحكام الشرعية الأصلح والأنسب للنازلة في ذلك الواقع المحتف⁴. وليست هذه القرائن على وتيرة واحدة في القوة، فإن منها ما هو قطعي الثبوت يقيني العلم، فيتحصل لها من القوة ما لا يتأتى لبعض أصول الإثبات⁵، وفي ذلك نظم القاضي مشحم قوله⁶:

وليحذر الإهمال للقرائن حكم استبان بها أمر خائن
وربما كانت بها الإفادة أقوى بلا ريب من الشهادة

والمقصود بالقطعية واليقينية هنا بلوغ علم الطمأنينة لغلبة الظن المعبر، لأن غالب الظن ملحق بما يفيد القطع في الحكم، وعلى هذا معتمد الفقهاء في الفتيا وتنزيل الأحكام، وإلا فإن اليقين مورد صعب، ومرتقى

1 - السدلان، صالح بن غانم: القرائن ودورها في الإثبات في الشريعة الإسلامية، دار بنسويه، السعودية، ط2، 1418، ص21. - الفائز: إبراهيم: الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، المكتب الإسلامي، السعودية، ط2، 1983، ص72.

2 ابن القيم، الجوزية: بدائع الفوائد، دار الكتاب العربي، لبنان، د.ط، د.ت، ج4، ص14.

3 - البخاري: المحيط البرهاني، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 2004، ج9، ص18. ابن رشد: البيان والتحصيل، مرجع سابق، ج8، ص259. البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، لبنان، د.ط، د.ت، ج3، ص416.

4 - البيهقي، سعيد: التأصيل الشرعي لمفهوم فقه الواقع، مرجع سابق، ص271، بن محمد، عبد الرؤوف: الاجتهاد تأثره وتأثيره في فقهى المقاصد والواقع، مرجع سابق، ص613.

5 - وفي ذلك يقول ابن القيم: "وهل يشك في أن كثيرا من القرائن تفيد علما أقوى من الظن المستفاد من الشاهدين بمراتب عديدة؛ فالعلم المستفاد من مشاهدة الرجل مكشوف الرأس، وآخر هاربا قدامه وعلى رأسه عمامة، فالعلم بأن هذه عمامة المكشوف رأسه كالضروي، فكيف تقدم عليه اليد التي إنما تفيد ظنا ما عند عدم المعارضة، وأما مع هذه المعارضة فلا تفيد شيئا سوى العلم بأنها يد عادية، فلا يجوز الحكم بما البتة، وهل الحكم بالقيافة إلا حكم بقرينة الشبه" ينظر: - ابن القيم، الجوزية: بدائع الفوائد، مرجع سابق، ج3، ص118.

6 - أحمد، محمد شحود: تحقيق مخطوط نفحات النسائم المفتحة عن زهر الكمام في آداب المفتي والحاكم، رسالة دكتوراه جامعة القرآن الكريم، السودان، 1994، ص271. نقلا عن أحمد، محمد شحود: الإثبات بالقرائن في الشريعة الإسلامية، مجلة الدراسات الاجتماعية - جامعة العلوم والتكنولوجيا، اليمن، ع7، 2007، ص174.

وعر لا يتأتى إلا في النادر¹.

وقد تضعف دلالة هذه القرائن حتى تصل درجة الاحتمال كالتنازع بشأن متاع البيت بين الأزواج، فإنه يحكم للزوجة بالمعتاد من حوائج النساء وأشياءهن، ويقضى للزوج بما يناسب الرجال من مقتنيات البيت، فاحتمال مآل بعض الأغراض المناسبة لأحد الأطراف إلى الآخر بالميراث أو الهبة والتجارة وارد، وهو سبب ضعفها². وقد تردى القرائن في هذا الاحتمال حتى تكون في غاية الضعف بحيث تتأكد فيها مخايل الاحتمال البعيد، وتحن خطوط الظن معها فتنهشها سهام الوهم، وتنال منها حباثل الريبة، فيسقط بها الاحتجاج، إلا إذا تقوت بضميماتها من العلامات، وتفاريق الأمارات، فتكتسب معها الحجية بذلك الكل³.

وتنزّل الأمانة والقرينة في مدارج القوة والضعف لا يخلو من اجتهاد وإمعان نظر، فليست الأنظار فيه على وزان واحد، فما يراه البعض قطعياً وقوياً، قد يعتبره فقهاء آخرون ضعيفاً وواه، وما يظهر لبعضهم قد يخفى على آخرين، وههنا تبرز مراقبي حذقة الفقيه ومبلغ غوص الناظر في الملابس المختلفة بكل واقعة، للظفر بمقاطع القوة فيها، لاستثمارها في الاستدلال، واستجلاء مواطن الوهن والاعتلال لاستبعادها، حسماً للخطأ والاسترسال⁴.

ثانياً - الإفادة من العلوم الكونية والإنسانية:

غالباً ما يستدعي فقه واقع نوازل هذا العصر أن يلم المجتهد بجمع من العلوم الإنسانية التي تعينه على تبصر تفصيلات النازلة، وإدراك حقائق الظروف التي اكتنفتها؛ فقد تشعبت الحوادث المستجدة، وتفرعت تعقيداتها في شتى المجالات الطبية، والاقتصادية، والاجتماعية... وتشابكت تفاريحها، ونفسيات الفاعلين فيها، لذلك اشتدت الحاجة إلى الإفادة من هذه المعارف، في بناء إدراك دقيق لجزئيات الواقع المنظورة، وعوارضها من خلال الاطلاع على النظريات المعتمدة في هذه المعارف الكونية⁵. وإذا كانت العلوم الطبيعية والتقنية منها على قدر مهم من المصدقية والثوقية بسبب ثبات نواميسها، واطراد سننها، فإن الشأن

1 - السدلان صالح بن غانم: القرائن ودورها في الإثبات في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص24. بك، أحمد إبراهيم: طرق الإثبات الشرعية، المكتبة الأزهرية للتراث، مصر، ط4، 2003، ص680.

2- عثمان، محمد: النظام القضائي في الفقه الإسلامي، دار البيان، السعودية، ط2، 1995، ص450.

3 - الفائز، إبراهيم: الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، المكتب الإسلامي، لبنان، ط2، 1983، ص62.

4- البيهقي، سعيد: التأصيل الشرعي لمفهوم فقه الواقع، مرجع سابق، ص271 و272، الفائز، إبراهيم: الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص64.

5- شكري، فريد: الاجتهاد الفقهي من الاستنباط إلى التنزيل، مرجع سابق، ص172. الفضلي، عبد الهادي: الاجتهاد دراسة فقهية لظاهرة الاجتهاد الشرعي، مجلة المنهاج، مركز الغدير للدراسات الإسلامية، لبنان، ع19، 1379هـ، ص23. - النجار، عبد المجيد: خلافة الإنسان بين الوحي والعقل، مرجع سابق، ص121.

يختلف مع العلوم الاجتماعية التي لا يتوافر لها هذا القدر من القطعية، بسبب تعلقها بقدرات البشر، وطاقتهم، وميولهم، ونفسياتهم، والتي تتباين من شخص لآخر. بل وتفترق في ذات الشخص من حال إلى حال، وهذا ما يجعل الواقع الإنساني "بالغ التعقيد، بسبب وجود عناصر وأسباب فيه تفاعل بعضها ظاهر، وبعضها خفي، وتتجمع فيه عوامل ذات طبائع مختلفة، منها المادي، ومنها الروحي، ومنها الآني، ومنها الضارب في أعماق التاريخ"¹.

ومنه فالإمام بأطراف هذه المعارف ككل، موطن خصب لاستفادة فقه الواقع الكوني والإنساني في الاجتهاد التنزيلي؛ ذلك أنه من غير الممكن لفقهاء أن ينظر في قضية شتل أجنة، أو في تشطيرها، أو في استئمامها، أو في تحكم في أجناسها مثلاً، إذا لم يكن على اطلاع بالآلية التقنية، والكيفية العلمية المعتمدة في ذلك، تماماً مثلما ليس لناظر أن ينزل حكماً شرعياً على شخص ما، إذا لم يكن فقيه النفس في الطبائع الإنسانية، ونفسيات الناس، وإلا "كان ما يفسد أكثر مما يصلح، وتصور له الظالم بصورة المظلوم وعكسه، والحق بصورة المبطل وعكسه، وراج عليه المكر والخداع والاحتيال، وتصور له الزنديق في صورة الصديق، والكاذب في صورة الصادق، وليس كل مبطل ثوب زور تحتها بالإثم والكذب والفجور"². غير أنه لا بد من التنبيه إلى أن فقه الواقع يجب أن يتم في إطار مناهج وأدوات علمية دقيقة بغية استقرار كل أفراد الأحوال المختلفة بالنازلة وتجلية المؤثر منها في الأحكام، على نحو يلامس الصواب قدر الإمكان، لتحقيق وصل مكين بين الأحكام والواقع الإنساني في عملية التنزيل، وفق الأسرار التي يربطها الشرع منها³.

وغالباً ما يقتضي ذلك الاستعانة بأهل النظر والخبرة في مجالات الحياة، واختصاصات العلوم لتعذر إحاطة المجتهد بها، مع سرعة التطور العلمي الحاصل، والتغيير الاجتماعي المطرد في فروع الحياة البشرية المتعددة⁴.

ثالثاً - الأعراف:

العرف في أنسب تعاريفه لهذه الدراسة يعني: "ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول"⁵، وهو آلية خصبة للمجتهد، يتسنى له عبرها فهم ما خفي من ملابسات القضايا والوقائع، وما

1- ابن محمد، عبد الرؤوف: الاجتهاد تأثره وتأثيره في فقهی المقاصد والواقع، مرجع سابق، ص 606.

2- ابن القيم: إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج 4، ص 157.

3- سانو، قطب: الفكر المقاصدي ومناهج البحث في العلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلة الاجتهاد، دار الاجتهاد والابحاث والترجمة، لبنان، ع 59 و60، 2003، ص 221. ابن محمد، عبد الرؤوف: الاجتهاد تأثره وتأثيره في فقهی المقاصد والواقع، مرجع سابق، ص 607 و608.

- وورقية، عبد الرزاق: التنويع المقاصدي والعلوم الإنسانية، مجلة المسلم المعاصر، مصر، مع 30، ع 118، أكتوبر 2005، ص 69. الروكي، محمد: الفقه الإسلامي وآفاق البحث العلمي، مجلة دار الحديث الحسنية، المغرب، ع 14، 1417، ص 75 و76.

4- أبو الاجفان، محمد: الاجتهاد الشرعي والعرفي، الوعي الإسلامي، الكويت، ع 365، محرم 1417، ص 24.

5- الجرجاني: التعريفات، مرجع سابق، ص 149.

أبهم من جوانب الواقع الذي تدرت فيه تلك الحوادث. فاعتبار الأعراف في الشرع لا يتوقف عند دائرة التشريع باعتباره أحد مصادرها، بل يمتد ليشمل الطرائق المحصلة لفقهِه الواقع، والمثمرة لتحقيق الفهم فيه، فالأعراف إذا استحكمت في النفوس صار لها من السلطان ما يجعلها في مرتبة ضرورات الحياة التي لا تستطيع النفوس عنها فكأكا، بحيث تصير طبيعة ثانية لها، تجري في فلك هواها، ولا تخرج عن مضامينها أو مقتضاها¹. ولذلك جرت كلمة الفقهاء على اعتبارها في الإفتاء والقضاء فهذا القرافي يقول: "إن إجراء الأحكام التي مدرتها العوائد مع تغيير تلك العوائد خلاف الإجماع وجهالة في الدين، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد؛ يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة، وليس هذا تجديدا للاجتهاد من المقلدين حتى يشترط فيه أهلية الاجتهاد، بل هذه قاعدة اجتهاد فيها العلماء وأجمعوا عليها، فنحن نتبعهم فيها من غير استثناء اجتهاد"²، ويزيد ذلك وضوحا بقوله: "إذا كان القول قول من ادعى شيئا لأنه العادة، ثم تغيرت العادة لم يبق القول قول مدعيه، بل انعكس الحال فيه، بل ولا يشترط تغير العادة، بل لو خرجنا نحن من البلد إلى بلد آخر، عوائدهم على خلاف عادة البلد الذي كنا فيه، أفتيناهم بعادة بلدهم ولم نعتبر عادة البلد الذي كنا فيه"³. ومثل لذلك بالصداق عند مالك، إذا تنازع الزوجان في قبضه بعد الدخول؛ فالقول للزوج، مع أن الأصل عدم القبض، لجرىان عرف المدينة على ذلك.

المطلب الثالث: تحقيق المقاصد والمآلات

ينبغي للقائم بالعمل التنزيلي أن يتحقق من انتهاض الأحكام الشرعية -المتخيرة للإسقاط- بتحقيقها ثمرة التكليف المتغية لها من طرف الشارع الحكيم؛ من خلال مراعات الاقتضاء الأصلي للأفعال والحوادث المكونة للوقائع والقضايا المطروحة بين يديه، بيد أنه لا بد -أيضا- أن يمضي بنظره الاجتهادي إلى رعي كل الصور الاقتضائية -على نحوها التبعي- للمحال الظرفية والقوالب الزمانية التي تلبس أشخاص الأطراف، والظروف المكتنفة لهم، وبحث آثارها الحالية، ورصد مآلاتها التبعية على الحكم الشرعي المنتقى، للخلوص إلى مدى فاعليته في تحقيق المقاصد الشرعية المرعية له من عدم ذلك، وضمان عدم محيده عن مساره التشريعي المضبوط له سلفا في الحطة الإجرائية الكلية، وهذا ما نتولى رصده في هذا المطلب من خلال دراسة المقاصد الشرعية الواجبة التحقيق ابتداء، وبحث المآلات الواجبة الرعي في عملية التنزيل انتهاء، عبر الفروع التالية:

¹ - البيهقي، سعيد: التأصيل الشرعي لمفهوم فقهِه الواقع، مرجع سابق، ص267.

² - القرافي: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، مرجع سابق، ص218 و219.

³ - القرافي: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، مرجع نفسه، ص219.

الفرع الأول: تحقيق المقاصد

نبحث في هذا الفرع ضابط رعي المقاصد الشرعية في الاجتهاد التنزيلى، وذلك من خلال بيان ماهية المقاصد الشرعية، وأقسامها، ودورها في عملية تطبيق الأحكام على الوقائع.

1- تعريف علم المقاصد:

أ- المقاصد في اللغة:

المقاصد في الأصل اللغوي جمع لمفردة "مقصد"، بكسر الصاد وفتحها، وجذرها فعل قصد¹، وله في اللغة معان عدة أشهرها:

- استقامة الطريق: نحو قوله تعالى: ﴿وَعَلَى اللَّهِ قَصْدُ السَّبِيلِ﴾²، أي عليه تبيين الطريق المستقيم إليه بالحجج والبراهين الواضحة³.

- الإصابة: يقال أقصدته السهم؛ إذا أصابه فقتل مكانه، وكأنه قبل ذلك لأنه لم يجد عنه⁴.

- السهولة والقرب: ومنه الطريق القاصد؛ أي السهل المستقيم، والسفر القاصد؛ أي السهل القريب⁵، وفي التنزيل: ﴿لَوْ كَانَ عَرَضًا قَرِيبًا وَسَفَرًا قَاصِدًا لَاتَّبَعُوكَ﴾⁶.

- الاعتماد والامّ: يقال قصدك، وقصدك؛ أي تجاهك⁷.

- الوسط والاعتدال: وهو خلاف الإفراط والتفريط⁸ نحو قوله تعالى: ﴿وَأَقْصِدْ فِي مَشْيِكَ﴾⁹، ومثله ما ورد في الحديث النبوي: "ما عال مقتصد قط"¹⁰.

- العدل: يقال فلان يقصد ولا يجور؛ إذا عدل ولم يحف في حكمه¹¹.

1 - الفيومي، أحمد: المصباح المنير، مرجع سابق، ج2، ص 504.

2 - [سورة النحل: الآية 09]

3 - ابن سيده، أبو الحسن: المحكم والمحيط الأعظم، مرجع سابق، ج 6، ص 185. الفيروز ابادي، مجد الدين: القاموس المحيط، مرجع سابق، ص 310. الزبيدي: تاج العروس، مرجع سابق، ج 09، ص 35.

4 - ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ج 05، ص 35.

5 - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 03، ص 353.

6 - [سورة التوبة: الآية 42]

7 - ابن سيده، أبو الحسن: المحكم والمحيط الأعظم، مرجع سابق، ج 6، ص 185. ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 03، ص 353. الفيروز ابادي، مجد الدين: القاموس المحيط، مرجع سابق، ص 310.

8 - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 03، ص 353. الزبيدي: تاج العروس، مرجع سابق، ج 09، ص 36.

9 - [سورة لقمان: الآية 19]

10 - الطبراني: المعجم الكبير، مرجع سابق، الضحاك، عن ابن عباس، ج 12، ص 75.

11 - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 03، ص 353.

ب- المقاصد في الاصطلاح:

لم يعن الفقهاء القدامى بتعريف علم المقاصد رغم البحث المستفيض الذي ناله من كتاباتهم، والتوظيف الواسع الذي طاله في أعمالهم للنظر الاجتهادي؛ حتى إن الشاطبي - وهو شيخ هذا الفن ومعقد أصله - لم يتطرق إلى وضع حد مفاهيمي، يجمع فيه بنى مكونات علم المقاصد، وعناصر مشتملاته، رغم الإسهام الفذ الذي قدمه في هذا الباب¹. وهو معذور في ذلك لأنه اشترط في الناظر لكتاباته أن يكون: "ريان من علم الشريعة أصولها وفروعها، منقولها ومعقولها، غير مخلص إلى التقليد والتعصب للمذهب"². وهذا ما حدى ببعض المتأخرين إلى محاولة تعريف هذا العلم الجليل؛ من أمثال:

-تعريف علال الفاسي:

"المراد بمقاصد الشريعة الغاية منها، والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها"³.

- تعريف أحمد الريسوني:

"الغايات التي وضعت الشريعة لأجل تحقيقها لمصلحة العباد"⁴.

- تعريف نور الدين الخادمي:

"هي المعاني الملحوظة في الأحكام الشرعية والمرتبة عليها، سواء أكانت تلك المعاني حكما جزئية، أم سمات إجمالية، وهي تتجمع ضمن هدف واحد هو تقرير عبودية الله، ومصلحة الإنسان في الدارين"⁵.

-تعريف إحسان مير علي:

"هي المعاني والحكم والغايات التي هدفت إليها الشريعة وراعتها كلا وجزئاً"⁶، ولعل هذا هو التعريف الأنسب والأقرب إلى الدقة والشمولية المرجوة من حيث الجمع والمنع.

¹ يرى محمد اليوبي أن تفرد الشاطبي بمنهج خاص في الحدود، نأى به عن الإغراق في تفاصيل تعريف المقاصد، ما دامت قد حصلت كفاية الفهم، بالتقريب الذي عالج به هذا العلم في كتابة الموافقات. اليوبي: محمد، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، دار الهجرة السعودية، ط1، 1998، ص34. الريسوني، أحمد: نظرية المقاصد عند الشاطبي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، أمريكا، ط4، 1995، ص14.

² -محمد، بكر إسماعيل: مقاصد الشريعة تأصيلاً وتفعيلاً، رابطة العالم الإسلامي، السعودية، سلسلة فكرة الحق، ع213، 1427 هـ، ص16. الريسوني، أحمد: نظرية المقاصد عند الشاطبي، مرجع سابق، ص05.

³ - الفاسي، علال: مقاصد الشريعة ومكارمها، دار العرب الإسلامي، ط5، 1993، ص07.

⁴ - الريسوني، أحمد: نظرية المقاصد عند الشاطبي، مرجع سابق، ص05.

⁵ - الخادمي، نور الدين: الاجتهاد المقاصدي، حجته وضوابطه ومجالاته، مرجع سابق، ج1، ص52، 51.

⁶ - مير علي، إحسان: المقاصد العامة للشريعة الإسلامية بين الأصالة والمعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة دمشق، سوريا، د.ت، ص

2- أقسام المقاصد الشرعية:

تباينات تقسيمات العلماء للمقاصد تبعاً لتباين الاعتبار المرعي فيها. وستتولى هنا بحث أشهر هذه الاعتبارات، مع تعريف موجز لتفريعاتها وأقسامها، وفق النهج التالي:

أ- المقاصد باعتبار الإضافة: ¹

تنقسم المقاصد الشرعية بحسب منشئها، ومحل صدورها إلى:

- مقاصد الشارع:

وهي الحكم التي تغيّها الشرع من وضع تشريعه؛ أوامراً ونواهاً، وهذه الغايات والحكم تنقسم - من وجهة نظر الشاطبي ² إلى أربعة أقسام:

1- قصد الشارع من وضع الشريعة ابتداءً:

فالمسلم بالاستقراء أن الهدف الأساس من وضع الشريعة، إنما هو تحقيق مصالح العباد في الآجل والعاجل معاً³، وفي ذلك يقول الشاطبي: ⁴ "والمعتمد إنما هو أننا استقرينا من الشريعة أنها وضعت لمصالح العباد استقراء لا ينازع فيه الرازي ولا غيره، فإن الله تعالى يقول في بعثه الرسل وهو الأصل: ﴿رُسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ وَكَانَ اللَّهُ عَزِيزًا حَكِيمًا﴾ ⁵. ويقول: "وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ" ⁶، ثم استرسل في سوق الأدلة على تعاليل الأحكام من القرآن، ليخلص بعدها إلى أنه: "إذا دل الاستقراء على هذا، وكان في مثل هذه القضية مفيداً للعلم، فنحن نقطع بأن الأمر مستمر في جميع تفاصيل الشريعة"⁷. وسيان في ذلك أظهرت تقاسيم تلك المصلحة في هذه التفاصيل على الفور، أم تراخت إلى حين، أو حصل التوقف في فهمها⁸.

1- صاحب هذا التقسيم هو الشاطبي - رحمه الله - ينظر: الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج2، ص 07.

2- الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع نفسه، ج2، ص 7 و 8.

3- الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع نفسه، ج 2، ص 08.

4- الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع نفسه، ج2، ص 12.

5- [سورة النساء: الآية 165]

6- [سورة الانبياء: الآية 107]

7- الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 2، ص 13.

8- الخادمي، نور الدين: الاجتهاد المقاصدي، حجته وضوابطه ومجالاته، مرجع سابق، ج 2، ص 77.

2- قصد الشارع من وضع الشريعة للإفهام:

فقد ذلل الشرع الحكيم لعباده سبيل تلقي شرائعه، ويسره عبر إنزال القرآن بلسان عربي مبين لا اشتباه فيه، وفي ذلك يقول المولى عز وجل: "إِنَّا أَنْزَلْنَاهُ قُرْآنًا عَرَبِيًّا لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ ﴿٢٠﴾" ¹، ويقول أيضا: "وَلَوْ جَعَلْنَاهُ قُرْآنًا أَعْجَمِيًّا لَقَالُوا لَوْلَا فُصِّلَتْ آيَاتُهُ أَءَعْجَبِيٌّ وَعَرَبِيٌّ" ². ولو حصل أن أنزل الشرع على خلاف لسان المكلفين، أو على تباين أحوالهم، لكان في ذلك تكليفا لهم بما هو فوق طوقهم، وفي ذلك من العنت والشدة ما تبرؤ منه شريعة الله المباركة، التي تنبغي أن يكون صلب فهمها من جهة فهم اللغة العربية، وفقه قواعدها ³.

3- قصد الشارع من وضع التشريع للتكليف بمقتضاها:

من المعلوم ضرورة أن شرط التكليف القدرة على إتيان الفعل، فلا يجوز التكليف بمستحيل لامتناع تعلق قدرة المكلف به ⁴، لقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾ ⁵، وقوله ﷺ: «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه» ⁶. ويؤكد ذلك الشاطبي بقوله: "وجامع الشروط في التكليف القدرة على المكلف به... ومن لا يقدر على ذلك سقط التكليف عنه بإطلاق؛ كالأطفال والمجانين بالنسبة إلى الطهارة والصلاة ونحوها...". ⁷

فمبنى الشريعة على التيسير والتخفيف، لقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ ⁸، والتكليف بما يخرج عن قدرة المكلف فيه إعنات ورحم شديدين، يجمع للشريعة الاختلاف والتناقض ¹.

¹- [سورة يوسف: الآية 02]

²- [سورة فصلت: الآية 44]

³ - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج2، ص 102-104. المقرن، محمد بن سعد: مقاصد الشريعة الإسلامية في حفظ المال وتميمته، رسالة دكتوراه، قسم الدراسات العليا الشرعية، جامعة أم القرى، السعودية، 1420هـ، ص 41. البدوي، يوسف: مقاصد الشريعة عند ابن تيمية، دار النفائس، الأردن، د.ط، د.ت، ص 124.

⁴- الشوكاني: إرشاد الفحول، مرجع سابق، ج1، ص 32. الغزالي: المستصفى، مرجع سابق، ص 69 وما بعدها. القرافي: الفروق، مرجع سابق، ج3، ص 101. الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه، مرجع سابق، ج2، ص 109. الخادمي، نور الدين: الاجتهاد المقاصدي، حجتيه وضوابطه ومجالاته، مرجع سابق، ج2، ص 109. الطوفي: شرح مختصر الروضة، مرجع سابق، ج1، ص 224.

⁵- [سورة البقرة: الآية 286]

⁶- ابن ماجه: السنن، دار الرسالة العالمية، لبنان، ط1، 2009م، باب طلاق المكره الناسي، كتاب الطلاق، ج3، ص 201. ابن حبان: صحيح ابن حبان، مرجع سابق، باب فضل الأمة، كتاب أخباره ﷺ عن مناقب الصحابة رضِيَ اللهُ عَنْهُمْ، ج16، ص 202. الحاكم: المستدرک، مرجع سابق، كتاب الطلاق، ج2، ص 216. وقال: "هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولما يخرجاه".

⁷- الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج2، ص 411.

⁸- [سورة البقرة: الآية 185]

4 - قصد الشارع من دخول المكلف تحت أحكام الشريعة:

لا غرو أن ثمة إنزال الشريعة على العباد هي حصول الامتثال لأحكامها في حياتهم، والانقياد لتعاليمها في عباداتهم، وسائر معاملاتهم². وهذا ما صاغه الشاطبي بلسان أبلغ، عندما قال إن: " المقصد الشرعي من وضع الشريعة إخراج المكلف عن داعية هواه، حتى يكون عبدا لله اختيارا، كما هو عبد الله اضطرارا"³. وشواهد هذا المقصد كثيرة في القرآن الكريم؛ نحو قوله تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾⁴، وقوله أيضا: ﴿وَأَعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا﴾⁵.

- مقاصد المكلف:

هي القصد التي تعترى تصرفات المكلف من عبادات وعادات، وهي بواعث ينهض بها الاعتبار لأفعال المكلفين وأقوالهم، وبها يتحدد الصحيح من الفاسد، والواجب من المحرم، والعادة من العبادة والإيمان من الكفر⁶، لقوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى»⁷. فالقصد هو مناط تعلق الأحكام التكليفية، و"العمل إذا تعلق به القصد، تعلق به الأحكام التكليفية، وإذا عري عن القصد، لم يتعلق به شيء منها كفعل النائم والغافل والمجنون"⁸. ولما كان مطلوب الشريعة تحقيق مصالح العباد، كان الواجب على المكلف أن يُجري قصوده وفق هاته الغاية التشريعية، بحيث لا تخالف قصد الشارع، ولا تناقض مطلوبه، تحقيقا للخلافة في إقامة هذه المصالح على الأرض والمحافظة عليه.

ب- المقاصد باعتبار الحاجة وقوة التأثير:

تتنوع المقاصد باعتبار مدى الحاجة إليها، وقوة تأثيرها إلى أقسام ثلاثة هي:

- المقاصد الضرورية:

هي جملة المقاصد التي لا بد منها لقيام مصالح الدين والدنيا. وانحرافها مفض إلى الفساد والتهاجر

1- المقرن، محمد بن سعد: مقاصد الشريعة الإسلامية في حفظ المال وتنميته، مرجع سابق، ص 49.

2- البدوي، يوسف: مقاصد الشريعة عند ابن تيمية، مرجع سابق، ص 124.

3- الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج2، ص 289.

4- [سورة الذاريات: الآية 56]

5- [سورة النساء: الآية 36]

6- الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج03، ص 07. وما بعدها.

7- البخاري، الجامع الصحيح، مرجع سابق، باب بدء الوحي، ج1، ص06

8- الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج3، ص 09.

وفوت الحياة في الدنيا، وفوت الفوز والنجاة في الحياة الأخرى. ولا يخرج مجموعها بالاستقراء عن كليات خمس¹؛ هي: حفظ الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال². ولا يتحقق هذا الحفظ إلا بمراعات جانبين اثنين هما:³

- الأول: جانب الوجود الذي يقيم أركانها ويثبت قواعدها.

- الثاني: جانب العدم الذي ينزع عنها الاختلال، ويدراً عنها الهدم.

فحفظ الدين يكون إيجاباً بترسيخ العقيدة، وتوطيد الإيمان بالله، وإقامة الشعائر، كما يكون سلباً بمقاتلة أهل الكفر، ولجم النفوس على الاجترار على الله وظلمه والشرك به. بينما يتجسد حفظ النفس إيجاباً بالأكل قدر ما يحفظ أودها، وكذا الشرب، واللباس.... ويتجسد عدماً بصونها من الاعتداء بالقتل والجرح والضرب وغيرها. أما حفظ العقل فيكون بتنشيطه، ومنع التعطيل عنه بأنواع المسكرات وألوان المخدرات والملهيات وغيرها، وهكذا.

- المقاصد الحاجية:

هي المقاصد التي يحتاجها المكلف للتوسعة، ورفع الضيق والحرج المفضي غالباً إلى المشقة اللاحقة بذهاب المرغوب، وفراق المطلوب⁴.

فاختلال هذه المصالح - وإن كان لا يعطل استقامة الحياة - غير أنه يعود على المكلفين بالحرج والمشقة، وقد جاءت الشريعة لدفعها والإفساح على الناس في معاشهم، وتيسير سبل حياتهم. ويمثل لها علماء المقاصد بالرخص المخففة في العبادات، وتشريع البيوع، والإجارة، والسلم والمساقاة في المعاملات، وإباحة الصيد، والتمتع بالطيبات، في مجال العادات⁵.

¹ - زاد الطوفي والسبكي: كلية سادسة هي حفظ العرض، فإنها عادة العاقل بذل مهجته وماله دون عرضه، وما فدي بالضروري أولى أن يكون ضرورياً، ينظر: السبكي، أبو يحيى: غاية الوصول في شرح لب الأصول، دار الكتب العربية الكبرى، مصر، د. ط، د. ت، ص 130. الطوفي: شرح مختصر الروضة، مرجع سابق، ج 3، ص 209. الزركشي: تشنيف المسامع بجمع الجوامع، مكتبة قرطبة، السعودية، ط 1، 1998، ج 3، ص 15.

² - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 2، ص 17 وما بعدها. الخادمي، نور الدين: الاجتهاد المقاصدي، حجيته وضوابطه ومجالاته، مرجع سابق، ج 2، ص 72.

³ - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 2، ص 18.

⁴ - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع نفسه، ج 2، ص 20. المقرن، محمد بن سعد: مقاصد الشريعة الإسلامية في حفظ المال وتنميته، مرجع سابق، ص 51. الخادمي، نور الدين: الاجتهاد المقاصدي، حجيته وضوابطه ومجالاته، مرجع سابق، ج 2، ص 72.

⁵ - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 2، ص 21. الزركشي: تشنيف المسامع بجمع الجوامع، مرجع سابق، ج 3، ص 16. الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه، مرجع سابق، ج 7، ص 870. ابن أمير الحاج: التقرير والتحبير، مرجع سابق، ج 3، ص 144. أمير باد شاه: تيسير التحرير، مرجع سابق، ج 3، ص 307. الشوكاني: إرشاد الفحول، مرجع سابق، ج 2، ص 131. العطار، حسن: حاشية العطار على شرح الجلال، مرجع سابق، ج 2، ص 323. ابن مفلح: أصول الفقه، مكتبة البيكان، السعودية، ط 1، 1999، ج 3، ص 1282.

– المقاصد التحسينية:

عرفها الشاطبي بأنها: "الأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب المندسبات، التي تأنفها العقول الراجحات"¹. وهذه المقاصد فيها من التوسعة ما لا ترهق إليه ضرورة، ولا تمس إليه حاجة²، ولا يختل نظام الحياة بفقدائها، كما في المقاصد الضرورية، ولا يدخل على المكلف العنت والحرج، كما في المصالح الحاجية، لكن الحياة تصبح بفوائدها مستنكرة³. وهي مثل سالفاتها جارية في العبادات، والعادات، والمعاملات، والجنائيات. ومثالها في العبادة: الطهارة، وإزالة النجاسة، وستر العورة، والتحلي بالزينة... أما نماذجها في العادات فتكمن في آداب الأكل والشرب، والاعتدال في المتناولات، واجتناب المستحبات في ذلك، أما مكرمات المعاملات ومحاسنها فتتمثل في سلب المرأة منصب الإمامة، وتزويج نفسها، وحظر بيع النجاسات، وهي تجمع في عمومها قسم مكارم الأخلاق⁴. بينما يمثل للمقاصد التحسينية في الجنائيات بمنع قتل النساء، والصبيان، والرهبان في الغزو، وعدم قصاص الحر بالعبد وغيره.

وأقسام المقاصد الثلاث ليست على وزن واحد، فأعلاها مرتبة الضرورات لقوة أثرها، وشدة الحاجة إليها، وهي أصل للمصالح الحاجية والتحسينية، فاختلالها ينجم عنه اختلالهما. أما انعدامهما فلا يعود على الضرورات بالفساد بإطلاق، وإنما قد تحتل بوجه ما، فهما للمقاصد الضرورية بمثابة المكمل والمتمم؛ فالتحسينية مكملة للحاجية، والحاجية مكملة للضرورية، ولأجل هذا التكامل ينبغي المحافظة عليها⁵.

كما أن لكل قسم من هاته الأقسام – كما يرى الشاطبي – متممات ومكملات⁶، تنظم إليها وتتقوى بها، لا يؤدي فقدها إلى الإخلال بالحكمة الأصلية والمصلحة المرعية. فأما مكملات الضروريات فمن مثل

الأصفهاني، شمس الدين، بيان المختصر شرح مختصر بن حاجب، مرجع سابق، ج 3، ص 114. المرادوي: التجميع شرح والتحرير، مرجع سابق، ج 7، ص 3385.

1- الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 2، ص 21.

2- حامد العالم، يوسف: المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، أمريكا، ط 2، 1994، ص 157.

3- الزركشي: تشنيف المسامع بجمع الجوامع، مرجع سابق، ج 3، ص 16.

4- الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 2، ص 22 و 23.

5- الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع نفسه، ج 2، ص 31 وما بعدها. محمد، بكر إسماعيل: مقاصد الشريعة تأصيلاً وتفعيلاً، مرجع سابق، ص 275 وما بعدها. حامد العالم، يوسف: المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 165-167. مير علي، إحسان: المقاصد العامة للشريعة الإسلامية بين الأصالة والمعاصرة، مرجع سابق، ص 48. الريسوني، أحمد: نظرية المقاصد عند الشاطبي، مرجع سابق، ص 126.

6- الفناري، محمد: فصول البدائع في أصول الشرائع، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 2006م، ج 2 ص 346 و 347. الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 2، ص 23. الأمدي: الأحكام في أصول الأحكام، مرجع سابق، ج 3، ص 271 وما بعدها. الأصفهاني: شمس الدين: بيان المختصر شرح مختصر بن الحاجب مرجع سابق، ج 3، ص 118. السبكي: الإبهاج في شرح المنهاج، مرجع سابق، ج 3، ص 55. الاسنوي: نهاية السؤل، مرجع سابق، ج 1، ص 391. ابن أمير الحاج: التقرير والتحجير، مرجع سابق، ج 3 ص 145 المرادوي: التجميع شرح التحرير، مرجع سابق، ج 8، ص 4249. الغز، بن عبد السلام: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مرجع سابق، ج 1 ص 101.

نفقة المثل، والمنع من النظر إلى الأجنبية، وإظهار شرائع الدين... أما أمثلة تتمات الحاجيات فنحو اعتبار الكفاء، ومهر المثل في الصغيرة، فإن حاجة ذلك كله دون الحاجة إلى المقصد الأصلي المتمثل في أصل تزويج الصغيرة، وأما مكملات المقاصد التحسينية فكآداب الأحداث، ومستحبات الطهارة، والإنفاق من الطيبات، مما لو لم يشرع لم يخل بأصل التحسين والتزيين¹.

ج- المقاصد باعتبار تعلقها بعموم التشريع أو خصوصه:

وتتفرع المقاصد وفق هذا المعيار إلى ثلاثة أقسام هي:

- المقاصد العامة:

عرفها ابن عاشور بقوله: "هي المعاني والحكم الملحوظة في جميع أحوال التشريع، أو معظمها؛ بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة، فيدخل في هذا أوصاف الشريعة وغايتها العامة، والمعاني التي لا يخلو التشريع من ملاحظتها، ويدخل في هذا أيضا معان من الحكم ليست ملحوظة في سائر أنواع الأحكام، ولكنها ملحوظة في أنواع كثيرة منها"².

ومن نماذج هذه المقاصد:

1- حفظ العقيدة وحماية الدين وصور شعائره والذب عنه، وهي أوكد وأعظم الكليات التي رعتها الشريعة الإسلامية³، لقوله تعالى: ﴿وَقَتْلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةً وَيَكُونَ لِلَّهِ فَإِنْ أَنْتَهُمْ فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾⁴.

2- تحقيق الخلافة في الأرض، واستصلاحها، وعمارتها، وحفظ نظمها، لقوله تعالى: ﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً﴾⁵، وقوله أيضا ﴿وَهُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمْ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ وَرَفَعَ بَعْضَكُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِيُبْلُوَكُمْ فِي مَا آتَاكُمْ﴾⁶.

3- جلب المصالح ودرء المفاسد.

¹ - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 2، ص 23. البدوي، يوسف: مقاصد الشريعة عند ابن تيمية، مرجع سابق، ص 127 وما بعدها.

² - ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ت: الميساوي محمد الطاهر، دار النفائس، الأردن، ط 2، 2001، ص 251.

⁴ - البوي: محمد، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، مرجع سابق، ص 388.

³ - البوي: محمد، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، مرجع نفسه، ص 388.

⁴ - [سورة البقرة: الآية 193]

⁵ - [سورة البقرة: الآية 30]

⁶ - [سورة الانعام: الآية 165]

– المقاصد الخاصة:

هي- بحسب ابن عاشور:- "الكيفيات المقصودة للشارع لتحقيق مقاصد الناس النافعة، أو لحفظ مصالحهم العامة في تصرفاتهم الخاصة، كي لا يعود سعيهم في مصالحهم الخاصة، بإبطال ما أسس لهم من تحصيل مصالحهم العامة إبطالا عن غفلة، أو عن استئلال هوى، وباطل شهوة"¹. فهذا القسم بخلاف سابقه يقع متعلقا بباب أو مجال معين من أبواب ومجالات التشريع، وقد يشمل بعض ما تجانس منها²، ويمثل له ابن عاشور ب:³

- مقاصد الشرع في أحكام العائلة وإقامة نظام الأسرة.
- مقاصد الشرع في التصرف المالي.
- مقاصد الشرع في القضاء والشهادة.
- مقاصد الشرع في المعاملات المنعقدة على الأبدان.
- مقاصد العقوبات وغيرها....

– المقاصد الجزئية:

هي الحكم والأسرار المتغيرات من الشارع في كل حكم من الأحكام الشرعية أو بنوع منها؛ فأحكام الزواج، وإن كانت مفضية إلى المقصد الكلي المتعلق بحفظ الأعراض والأنساب، غير أنها تنفرد في ذاتها بأسرار وغايات لا توجد في غيرها؛ فعقدة النكاح مقصودها تأسيس الأسرة، وإباحة الطلاق تعني منع الضرر الواقع على أحد الزوجين أو كليهما⁴.

ثالثا- دور المقاصد في التنزيل:

¹ - ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 415.

² - البدوي، يوسف: مقاصد الشريعة عند ابن تيمية، مرجع سابق، ص 130. الريسوني، أحمد: نظرية المقاصد عند الشاطبي، مرجع سابق، ص 08. المقرن، محمد بن سعد: مقاصد الشريعة الإسلامية في حفظ المال وتنميته، مرجع سابق، ص 49. اليوبي: محمد، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، مرجع سابق، ص 411.

³ - ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 415.

⁴ - الريسوني، أحمد: نظرية المقاصد عند الشاطبي، مرجع سابق، ص 08. محمد، بكر إسماعيل: مقاصد الشريعة تأصيلا وتفعيلا، مرجع سابق، ص 300. الخادمي، نور الدين: الاجتهاد المقاصدي، حجته وضوابطه ومجالاته، مرجع سابق، ج 1، ص 54. القحطاني: مسفر: منهج استخراج الأحكام الفقهية للنوازل المعاصرة، مرجع سابق، ج 2، ص 607.

إذا كانت الشريعة الإسلامية مصلحة كلها وعدل كلها ورحمة كلها¹، باعتبار أن معقد وجودها وأصل قيامها على تحقيق مصالح الناس في العاجل والآجل - كما قرر ذلك الأصوليون - فإن هذا العدل، وتلك الرحمة، وهذه الحكمة تبقى على تجريدتها من التنظير باستنادها إلى منظومة الأحكام العامة المجردة ما لم تر سبيلها إلى التطبيق والتجسيد والتفعيل على جزئيات الواقع الحي، وتلك غاية الشارع الحكيم من التشريع بتنزيل حكمه على ذلك الواقع، وهدايته بهذا الشرع العدل الرحيم والحكيم. لكن هل يكفي التطبيق الآلي لأحكام هذه الشرعة لتحقيق معها منظومة المصالح والحكم المرعية لها في لازم العموم والتجريد؟²

إن المسائل الحاديات والقضايا المستجدات لا تنزل في أرض الواقع إلا في شكل جزئيات مشخصات، وغالبا ما يُلصق هذا الأفراد والتشخيص بعناصر الواقع من الحثيات، ويعتريه من الملابس الزمانية والمكانية ما "يكون سببا في أن الحكم المجرد الذي هي مندرجة في نوعه لا يتحقق مقصده فيها حينما ينزل عليها، فيكون ذلك الحكم إن كان مقصده في تحقيق المصلحة لازمة له في النظر، فإنه ينفصل عنه في العمل فلا يكون محققا لغرضه، بل قد يكون مسببا في مفسدة"³.

وهذا ما يدع الناظر المجتهد في تلك المسائل النازلة إلى اعتبار هاته المقاصد ورعي تلك الحكم عند إرادة تنزيل الأحكام العملية عليها، في ضوء المكتنفات المفروضة بالاعتبار الزماني والمكاني الملابس لها، فهي عنصر جوهرية في الاجتهاد التطبيقي، وبه تتحقق مدى الإصابة فيه، ولعل ذلك هو السبب الحامل للشاطبي للرفع من قدر هذا الفهم ليكون صنو الفعل الاستنباطي وأسه الأول لتحقيق ملكة الاجتهاد، وحياسة الوصف المتأهل لخلافة النبي ﷺ في الحكم بأمر الله فيما يعرض له من فتيا أو قضاء⁴. وعلى ذلك الوفق تتفصد نتيجة النظر المقاصدي للمجتهد التنزيلي؛ فإن تحقق المقصد في المسألة المنظورة أثبت الفقيه لها الحكم العام المرعي لها، وإلا عاجلها بما يلائمها من أحكام تبديلا أو تعديلا أو تأجيلا، وهو مجال دقيق وواسع، ومزلة الخطأ فيه مفضية إلى مناقضة قصد الشريعة وتعطيل حكمها.

ولا يتجسد هذا التحقيق المقاصدي جملة أو دفعة، بل الواجب فيه التسلسل ضمن مدارج جمعية كلية نزولا إلى المراتب الجزئية الفردية؛ فلا بد من إثبات النظر ابتداء على مستوى نوع القضية وجنسها، فإذا تُيقن من وقوع لازمها النظري من المقاصد، عرج الناظر للتثبت من تحقق هذا المقصد في عين الجزئية المستفتى فيها من المسألة، فيدرس أفراد هاته القضية بعينها، ويبحث جزئياتها المشخصة في ضوء الحال المكتنف والزمان الملابس والعادة للصيقة، وهو منتهى النظر الاجتهادي بإطلاق كما نص على ذلك الشاطبي، لأن

1 - ابن القيم: إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج 3، ص 11.

2 - النجار، عبد المجيد: المقتضيات المنهجية لتطبيق الشريعة في الواقع الإسلامي الراهن، مرجع سابق، ص 54.

3 - النجار، عبد المجيد: المقتضيات المنهجية لتطبيق الشريعة في الواقع الإسلامي الراهن، مرجع نفسه، ص 54.

4 - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 5، ص 41.

حفظ المقاصد في الجزئيات له أوجه "قد يدركها العقل وقد لا يدركها، وإذا أدركها؛ فقد يدركها بالنسبة إلى حال دون حال، أو زمان دون زمان، أو عادة دون عادة؛ فيكون اعتبارها على الإطلاق حرماً للقاعدة نفسها"¹. وينمذج لذلك عملياً بقوله: "فلو اعتبرنا الضروريات كلها؛ لأحل ذلك بالحاجيات أو بالضروريات أيضاً، فأما إذا اعتبرنا في كل رتبة جزئياتها؛ كان ذلك محافظة على تلك الرتبة وعلى غيرها من الكليات؛ فإن تلك المراتب الثلاث يخدم بعضها بعضها، ويخصص بعضها بعضاً، فإذا كان كذلك؛ فلا بد من اعتبار الكل في مواردها وبحسب أحوالها"².

فإذا انتهى المجتهد من ذلك كله كان عليه -بعدها- الموازنة بين النفع الحاصل من ذلك المقصد وضرر الفعل الواقع أو المتوقع، فإنه قلماً تتمحض المصالح والمفاسد في الحياة³، ولذلك يكون ميزان العمل التنزيلى على الغالب لأن "المصالح والمفاسد الراجعة إلى الدنيا إنما تفهم على مقتضى ما غلب، فإذا كان الغالب جهة المصلحة، فهي المصلحة المفهومة عرفاً، وإذا غلبت الجهة الأخرى، فهي المفاسد المفهومة عرفاً، ولذلك كان الفعل ذو الوجهين منسوباً إلى الجهة الراجحة، فإن رجحت المصلحة، فمطلوب، ويقال فيه: إنه مصلحة، وإذا غلبت جهة المفاسد، فمهروب عنه، ويقال: إنه مفاسد"⁴. وتتأسس عملية الوزن تلك على اعتبارات الزمان ومقتضيات النفوس، وتباين الأثر الناجم عن الفعل المنظور خارج محله⁵.

ليخلص المجتهد بعد ذلك إلى لحظ مرامي الأشخاص، وبحث أهواء نفوسهم، وخبايا نياتهم من حيث مطابقتها لقصود الشارع من عدمها، فإن ابتناء الأفعال على الوفاق الشرعي من حيث الشروط والأسباب غير كاف وحده لإثبات تحقق مقصود الشرع منها، ما لم يشفع ذلك بموافقة بائع المكلف لقصود الشارع من الفعل ذاته، لأن المخالفة بينهما تعني تعطل المناط المبني عليه الحكم، وبالتالي التوقف عن تنزيل حكمه المرصود له تجريدياً، لتعطل العلة المبتغاة منه، و"كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له؛ فقد ناقض الشريعة، وكل ما ناقضها؛ فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له؛ فعمله باطل"⁶، ويجد هذا القول نموذجاً في من يتني عقد زواجه على نية التحليل، فإن القيام بشروط عقد النكاح في هذه الحال لا يعني تحقق المعاني الجليلة المرعية لهذا العقد العظيم من السكن والمودة والرحمة وإثمار الذرية والإعفاف والاحصان وغيرها. فكان العقد باطلاً من أساسه، ومثله طلاق الفارّ ونكاح المتعة والسر... وغيرها.

1 - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 3، ص 177 و180.

2 - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع نفسه، ج 3، ص 179.

3 - بلخير، عثمان: البعد التنزيلى في التنظير الأصولي عند الإمام الشاطبي، مرجع سابق، ص 192.

4 - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 2، ص 45.

5 - بلخير، عثمان: البعد التنزيلى في التنظير الأصولي عند الإمام الشاطبي، مرجع سابق، ص 194.

6 - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 2، ص 27 و28.

الفرع الثاني: تحقيق المآلات

نعالج في هذا الفرع معيار مهما في تصويب الاجتهاد التنزيلى، والذي يتوجب رعيه من طرف الناظر في القضايا المطروحة للإفتاء أو القضاء وإلا غلث العمل الاجتهادي برمته في عوارض القصور، وهذا الضابط ممثل في اعتبار مآلات الأفعال، واستشراف آثارها في تحقيق المقصود الشرعي للحكم الشرعي على واقعة بعينها من عدمه.

أولاً- تعريف تحقيق المآل:

1- تعريف المآل لغة :

مصدر ميمي لجزر آل، وأصله من ألف وواو ولام "أول"¹، لكن تحرك الواو المفتوح ما قبلها قلبها ألفاً. وله معان عدة أهمها:

أ-المصير والرجوع: ومنه قولهم آل فلان يؤول إلى كرم؛ إذا صار إليه ورجع، وفي الحديث: "من صام الدهر، فلا صام ولا آل"²؛ أي ولا رجع إلى خير³.

ب-الإصلاح والسياسة: يقال آل الرجل ماله إيالة؛ إذا أصلحه. وآل الحاكم رعيته؛ إذا ساس شؤونها وأحسن الرعاية⁴.

ج- النقص: ومنه آل الشيء مآلاً؛ إذا نقص، وآل لحم الناقة؛ إذا ذهب وضمير⁵.

¹-الفيومي، أحمد: المصباح المنير، مرجع سابق، ح1، ص 29. ابن حيان، محمد: تحفة الأريب بما في القرآن من الغريب، المكتب الإسلامي، لبنان، ط1، 1983م، ص42. ابن سعيد، نشوان: شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، دار الفكر المعاصر، لبنان، ط1، 1999م، ج1، ص378. ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج، 11، ص37.

²- ابن راهويه، إسحاق: مسند إسحاق بن راهويه، مكتبة الإيمان، السعودية، ط1، 1991م، ما يروى عن أسماء بنت يزيد بن السكن، ج5، ص164.

³-الفراهيدي، الخليل: العين، دار ومكتبة الهلال، السعودية، د.ط، د.ت، ج8، ص359. ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ج1، ص159. ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج11، ص32. ابن دريد، أبو بكر: جمهرة اللغة، مرجع سابق، ج3، ص1305.

⁴-ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج11، ص34. الفيومي، أحمد: المصباح المنير، مرجع سابق، ج1، ص29. الزبيدي: تاج العروس، مرجع سابق، ج28، ص31.

⁵- بن مزار: الجيم، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، مصر، د.ط، 1974، ج3، ص224. ابن سيده، أبو الحسن: المحكم والمحيط الأعظم، مرجع سابق، ج10، ص450. ابن سيده: المخصص، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ط1، 1996م، ج4، ص103. الزيات، أحمد وآخرون وآخرون: المعجم الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص33.

د-الخثر: يقال آلت الدهن والعسل إذا خثرا¹.

و-الأهل والقراية: فال الرجل أهل بيته وقرايته ممن إليهم مآله².

2- تعريف تحقيق المآل اصطلاحا:

عرف المآل بتعاريف عديدة أشهرها:

أ-تعريف فريد الأنصاري: "أصل كلي يقتضي اعتباره تنزيل الحكم على الفعل، بما يناسب عاقبته المتوقعة استقبالا"³.

ب- وليد بن علي الحسين: "الاعتداد بما تفضي إليه الأحكام عند تطبيقها بما يوافق مقاصد التشريع"⁴.

ج-أحمد الريسوني: " النظر فيما يتوقع حدوثه من أفعال المكلف، نتيجة تطبيق حكم شرعي مناسب لحاله في الظاهر، وبناء حكم آخر على ذلك التوقع"⁵.

د-عبد الرحمن السنوسي: "تحقيق مناط الحكم بالنظر في الاقتضاء التبعية الذي يكون عليه عند تنزيله، من حيث حصول مقصده، والبناء على ما يستدعي ذلك الاقتضاء"⁶.

ولعل التعريف الأخير هو أجود هذه الحدود لجامعيته ومانعيته، وقربه إلى موضوع الدراسة، وعليه يكون مرتكز هذا المفهوم فيما يلي من جزئيات هذا البحث.

ثانيا: مراتب اعتبار المآل:

ينبغي للفقهاء الذي ينظر في حكم النوازل المستجدة أن يحرص على إسقاط الحكم الشرعي على محله الأنسب له، كي لا يصدف نظره الاجتهادي عن تجسيد مقصود الشرع من ذلك الحكم، سواء بتحقيق مصالح الناس أو درء المفاسد عنهم.

ولا يتوقف ذلك على مراعات الاقتضاء الأصلي لذلك الحكم، الذي يكون في العادة متسما بالصفة التجريدية، بل يتعداه إلى بحث ودراسة الاقتضاء التبعية، الذي ينظر في خصوصية الحال، والمحل، والزمن

1 -ابن سيده، أبو الحسن: المحكم والمحيط الأعظم، مرجع سابق، ج10، ص449. الفراهيدي، الخليل: العين، مرجع سابق، ج8، ص358. ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ج1، ص160.

2 -ابن سيده، أبو الحسن: المحكم والمحيط الأعظم، مرجع سابق، ج10، ص451. الفيومي، أحمد: المصباح المنير، مرجع سابق، ج1، ص29.

3- الأنصاري: المصطلح الأصولي عند الشاطبي، مرجع سابق، ص457.

4 -الحسين، وليد بن علي: اعتبار مآلات الافعال واثرها الفقهي، دار التدمرية، السعودية، ط2، 2009، ج1، ص37.

5- الريسوني وغيره: الاجتهاد بين النص والمصلحة والواقع، دار الفكر، سوريا، ط1، 2000م، ص67.

6- السنوسي، عبد الرحمن: اعتبار المآلات ومراعات نتائج التصرفات، دار ابن الجوزي، السعودية ط1، 1426، ص19.

الطارئ، والعارض الملابس. ثم يتعمق هذا النظر أكثر لتبصر الآثار المتوقعة للحكم الأصلي على آحاد صور النازلة في واقعها الكائن، ومن ثم ترتيب هذه الآثار وفق ما تقتضيه المصالح التي ناطها الشارع من وضع تلك الأحكام، ليقدم عليها المكلف أو يحجم عنها على بصيرة سالمة من التعجل والنظر القاصر¹.

وهذا ما حرص الشاطبي على تأكيده بقوله: "النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً، كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، مشروعاً بمصلحة فيه تستجلب، أو لمفسدة تدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه، أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية، فرمما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها، فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالمشروعية، وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم مشروعيتها، ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية"².

فإذا ما استجمع الفقيه حلقات هذه المراحل، واستحكمت له شروطها فإن جهده الاجتهادي يتفصد لا محالة عن نتائج سالمة، وعواقب مرغوبة. ورغم صعوبة هذا المورد، غير أنه "عذب المذاق، محمود الغبّ، جازّ على مقاصد الشريعة"³. ولا يتأتى ذلك إلا لمن كان صاحب تمكن ورسوخ في معرفة النفوس ومراميتها، وتباين إدراكها، واختلاف قواها في حمل التكاليف، والنهوض بأعبائها وكُلّفها⁴.

والاعتبار المآلي -على هذا- ليس على سنن واحد بل هو درجات متباينة، تباين قوة الوسائل المتوسل بها إلى مسيبتها ونتائجها، وعليه فمراتب النظر في المآلات على أقسام أربعة هي⁵:

1- السنوسي، عبد الرحمن: اعتبار المآلات ومراعات نتائج التصرفات، مرجع سابق، ص 21.

2- الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 5، ص 177 و178.

3- الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع نفسه، ج 5، ص 178.

4- الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع نفسه، ج 5، ص 25.

5- للعلماء في تقسيمهم مراتب مآل الأعمال تقارب نظر مع ما ذهب إليه الشاطبي؛ فابن تيمية يجعله على درجات أربع: الأول منها ما أفضت الأسباب فيه غالباً إلى المحرمات فإن شأنه الحرمة المطلقة، كسب آلهة من يثبت من حاله الرد بسبب الذات الإلهية. الثاني: ما تطرق الاحتمال إلى إفضائه إلى المحرم، مع ميل الطباع للقضاء بالإفضاء، وحكمه المنع كسالفه. والثالث: ما كان إفضاؤه إلى الفساد قليلاً، ومفسدته راجحة، وحكم هذه الدرجة الحرمة والمنع. والرابع: ما كان إفضاؤه إلى الفساد في أحيان معينة، وفيه مصلحة راجحة على الإفضاء، وحكمه الاباحة بسبب الغلبة. أما القرابي فيرى بأن الذرائع ثلاثة أقسام: قسم حصل الإجماع بشأن سده ومنعه، كحفر الابار في طرق المسلمين، وإلقاء السم في أطعمتهم، فحاله المنع قطعاً. وقسم حاز الإجماع على اعتباره والاذن فيه؛ كالمنع من زراعة العنب خشية صناعة الخمر منه. فحق هذه الوسائل الاعتبار وعدم الحسم، وقسم ثالث: مختلف فيه كبيع الآجال، والنظر إلى النساء، وتضمين الصناع... ينظر: القرابي: الفروق، مرجع سابق، ج 2، ص 32. ابن تيمية، أحمد: الفتاوى الكبرى، مرجع سابق، ج 6، ص 173. العبد، خليل: أثر مآلات الأفعال في تكييفها الشرعي، مجلة دراسات العلوم الإنسانية، الأردن، ع 3، 1989، ص 177 وما بعدها.

1- ما كان إفضاؤه إلى الفساد قطعياً:

فكل الأعمال التي يقطع بأيلولتها إلى جلب الضرر على وجه اليقين، تدرج اتفاقاً ضمن المخدورات التي يجب سدها ومنعها، لتحقيق إفضائها إلى الفساد في المآل حالاً أو استقبالاً¹. نحو حفر البئر خلف باب الدار في دلج الظلام؛ بحيث يقع الداخل فيه بلا بد. وصاحب التعدي في هذه الحال لا يخلو من أحد التقصيرين:²

أ- عدم إعمال النظر وإمعان التبصر في العواقب التي يمكن أن يُفصي عنها التصرف، وهو ممنوع بالقطعية.

ب- توجه قصد المتصرف إلى نفس الإضرار، وهو محظور أيضاً.

ولذلك لزم منع هذه الأفعال وحظر إتيانها، لمناقضتها للقصد الشرعي، وما ناقض الشريعة فهو باطل. فيضمن أصحابها لتعديهم، بحسب النفوس والأموال وعلى ما يليق بكل نازلة³. مع صرف النظر عن "أصل الإذن، أو براءة المتدرع من القصد السيء، والبواعث الممنوعة"⁴.

2- ما كان إفضاؤه إلى الفساد نادراً:

فيبقى على أصله من الإباحة، لغلبة المصلحة ورجحانها، ولا اعتبار في انخراطها بندور المفسد، "إذ لا توجد في العادة مصلحة عربية عن المفسدة جملة، إلا أن الشارع إنما اعتبر في مجاري الشرع عليه المصلحة، ولم يعتبر ندور المفسدة إجراء للشرعيات مجرى العاديات في الوجود"⁵.

ولا يعد علم المكلف بوقوع المضرة -على ندرتها- تقصيراً في التبصر ولا إمعاناً في الإضرار بالغير، لأن هذه الندرة لا تنهض عاملاً كافياً لإخراج الفعل عن دائرة المشروعية وأصل الإذن. ويدل الشاطبي على ذلك بأن: "ضوابط المشروعات هكذا وجدناها كالقضاء بالشهادة في الدماء والأموال والفروج، مع إمكان عدم المشقة كالمملك المتزفه ومنعه في الحضر بالنسبة إلى ذوي الصنائع الشاقة، وكذلك إعمال الخبر الواحد وهي تحمل الخطأ والكذب... والأقيسة الجزئية في التكاليف مع إمكان اختلافها والخطأ فيها من وجوه، لكن ذلك نادر فلم يعتبر واعتبرت المصلحة الغالبة"⁶.

1 - السنوسي، عبد الرحمن: اعتبار المآلات ومراعات نتائج التصرفات، مرجع سابق، ص 27.

2 - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 3، ص 71 و72.

3 - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 3، ص 72.

4 - السنوسي، عبد الرحمن: اعتبار المآلات ومراعات نتائج التصرفات، مرجع سابق، ص 27.

5 - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 3، ص 74.

6 - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 3، ص 74 و75.

3 - ما كان إفضاؤه إلى الفساد غالباً:

وثبت ذلك بالوسائل التي يغلب على الظن صيرورتها إلى الإفساد الممنوع والإضرار المحظور؛ بحيث لا يتخلف هذا المصير إلا نادراً؛ كبيع العنب للخمر، وبيع السلاح من أهل الحرب زمن الفتن.

والخلاف حاصل بين العلماء في جريان الظن هنا مجرى العلم فيترتب عليه المنع والحظر، أم عدم جريانه لإمكان تخلف الضرر والفساد. ورجح الشاطبي المذهب الأول لجملة أمور¹:

أ- أحدها: جريان الظن في أبواب العمليات مجرى العلم.

ب- ثانيها: دخول المنصوص عليه من سد الذرائع المفضية إلى المآلات الممنوعة ضمن هذا القسم، كالنهي عن مناداة النبي ﷺ بلفظ "راعنا".

ج- ثالثها: دخول ذلك في التعاون على الإثم والعدوان المنهي عنه. وعلى هذا الأصل يجري مذهب كل من المالكية والحنابلة.

3- ما كان إفضاؤه إلى الفساد كثيراً:

والمقصود بكثرة الإفضاء هنا ما كان دائراً بين غلبة الظن والندرة، فأيلولته إلى الإضرار ليست قطعية فتأخذ حكم المنع، ولا هي نادرة فيحكم فيه بالإذن، فهذه المرتبة موضع نظر والتباس².

فمذهب الشافعية والحنفية يميلان أفعال هذه المرتبة على الأصل من صحة الجواز والاباحة، لأن العلم والظن بوقوع المفسدة منتفيان، "إذ ليس هنا إلا احتمال مجرد بين الوقوع وعدمه، ولا قرينة ترجح أحد الجانبين على الآخر، واحتمال القصد للمفسدة والإضرار لا يقوم مقام نفس القصد ولا يقتضيه، لوجود العوارض من الغفلة وغيرها عن كونها موجودة أو غير موجودة"³. وثبت هذا الاحتمال ينفي عن المكلف التقصير في النظر الاعتباري الواجب، أو توجه قصده نحو الإضرار والإفساد، لعدم المرجح نحو قصد معين أو انتفائه، ولذلك كان التسبب الجائز قويا جداً فيه⁴.

وخالفهما في هذا الرأي المالكية الذين أقاموا الكثير مقام الغلبة، التي تساوي عندهم القطع، ومستندهم في ذلك كثرة القصد وقوعاً. وهو معتبر في كثير من شواهد التصرفات التي قد يشرع الحكم فيها لعلة مع كون تخلفها متصوراً على نحو ليس باليسير، مما يقتضي ترجيح أقرب الوصفين إلى المصلحة، إما أصل الإذن

1- الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع نفسه، ج3، ص 75 و76.

2- الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع نفسه، ج3، ص 77.

3- الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع نفسه، ج 3، ص 77.

4- الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع نفسه، ج 3، ص 77.

أو وصف المنع. و"كما اعتبرت المظنة وإن صح التخلف كذلك، تعتبر الكثرة لأنها مجال القصد"¹.
فالأكثرية هنا لا تعدو أن تكون قرينة يكتفى فيها بمظنة النية، التي تنزل منزلة حقيقة القصد ومثنته، وفي هذا احتياط للشرع في مراعات مقاصد الخلق، وتحقيق مصالحهم².
مثل الشاطبي لذلك بجملة من الشواهد والنماذج أهمها: منع الطيب والزينة عن المرأة المعتدة من وفاة، وعقد النكاح للمحرم بحج، والجمع بين المرأة والعمة والخالة، والزيادة على الأربع في الزواج، وخطبة المعتدة تصریحاً أو الزواج بها، وغيرها³.

ثالثاً: القواعد المنبثقة عن أصل اعتبار المآلات:

ينبغي على أصل اعتبار المآل جملة من القواعد التشريعية التي تشهد لها بالاعتبار عدة أدلة ونصوص، أهمها:

1- قاعدة سد الذرائع:

لما كانت المقاصد الشرعية منوطة بأسباب وطرق مفضية إليها، بحيث لا يتأتى التعرف عليها والوصول إليها إلا من خلالها، كانت هذه الوسائل تابعة لحكم أصلها بحسب الإفضاء إفساداً أو إصلاحاً.

أ- تعريف سد الذرائع:

الذريعة في اصطلاح الشاطبي تعني: "التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة"⁴. والأصل فيها إطلاق هذا التوسل الذي يمكن أن يتدرج به إلى الإفساد أو الإصلاح، غير أن لسان الاصطلاح عند العلماء جار على قصر الحد على الشق المفضي إلى المفاسد التي تستوجب المنع والسد، وعلى ذلك يحمل قول الشاطبي هنا⁵. ولذلك يعرف المركب اللقبى لسد الذرائع على أنه: "المسألة التي ظاهرها الإباحة، ويتوصل بها إلى فعل

1- الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج3، ص77 و78.

2- ينظر تعليق عبد الله دراز على الموافقات: - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج3، ص78. والسنوسي، عبد الرحمن: اعتبار المآلات ومراعات نتائج التصرفات، مرجع سابق، ص30 و31.

3- الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج3، ص81 وما بعدها.

4 الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج5، ص183.

5 يؤكد ذلك أن بحث الأصوليين لفحوى قاعدة سد الذرائع، وثنايا تفاصيلها، لا يخلو من الشقين معاً، سواء ما آل من الوسائل إلى المصلحة أو المفسدة، وهو ما يتوافق مع أصل الوضع اللغوي. ينظر: القرافي: الفروق، مرجع سابق، ج2، ص33. - ابن تيمية، أحمد: الفتاوى الكبرى، مرجع سابق، ج6، ص173. السنيوي، حسن: الأصل الجامع لإيضاح الدرر المنظومة في سلك جمع الجوامع مطبعة النهضة، تونس، ط1، 1928م، ج3، ص62. الجديع، العنزي: تسيير علم أصول الفقه، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، ط1، 1998م، ص203. ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج8، ص96.

العبد، خليل: أثر مآلات الأفعال في تكييفها الشرعي، مرجع سابق، ص174.

وهي عند القرآني: "حسم مادة وسائل الفساد دفعا لها"².

ب- حكم سد الذرائع:

الأخذ بهذا الأصل على الجملة ليس محل وفاق بين علماء المذاهب، وقد قسم القرآني الذرائع بهذا الحسب إلى واسطة وطرفين:³

* طرف مجمع على عدم سده أو إلغاء حكمه ولو كان سببا ووسيلة إلى محرم؛ كالمنع من زراعة العنب خشية اتخاذه خمرا، والمنع من التجاور في البيوت خشية التوسل بها إلى الزنا.

* طرف أجمعت الأمة على سده بإعمال حكم المنع فيه، كسب الأصنام عند من يعلم أنه يسب الله تعالى، واتخاذ الآبار في الأمكنة التي يعلم وقوع الناس فيها، وكذا دس السم في الأطعمة...
* واسطة اختلفت فيها أوجه النظر الفقهي بين السد والفتح؛ كالنظر إلى المرأة الأجنبية بغير شهوة، والتحدث معها، وبيع الآجال وغيرها. فالحنفية والشافعية يقرون بعدم اعتبار هذا الأصل ويقولون بإلغائه، وخالفهم المالكية في الأخذ به وابتناء الأحكام عليه تأصيلا، وأكثروا من العمل به في فروعهم تفصيلا.

والذي يتبدى من هذا النزاع أن "قاعدة الذرائع متفق عليها في الجملة"⁴، وإنما الخلاف في تحقيق مناط هذه القاعدة في بعض الجزئيات"⁵، فمدار الاختلاف في المناط الذي يتحقق فيه هذا التذرع، ويشهد بذلك اعتبار المانع لهذا الأصل في العديد من جزئيات فروعهم"⁶، فهو مذهب "الكل عملا وتفريعا"¹،

1 - الشوكاني: إرشاد الفحول، مرجع سابق، ج2، ص 193. الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه، مرجع سابق، ج8، ص 89.

2 - القرآني: الفروق، مرجع سابق، ج2، ص 32.

3 - القرآني: الفروق، مرجع سابق، ج2، ص 32.

4 - رجح الكثير من العلماء والباحثين المتأخرين إطباق العلماء على الأخذ بمبدأ منع التذرع، وإن كان ذلك واقعا تحت مسمى أصل مغاير. ينظر: ابو زهرة: الامام مالك، دار الفكر العربي، مصر، ط2، دت، ص216. سماعي، محمد عمر: نظرية الاحتياط الفقهي، رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية، الأردن، 2006، ص289 وما بعدها. الفاسي، علان: مقاصد الشريعة ومكارمها، مرجع سابق، ص160. الدبو، إبراهيم فاضل: سد الذرائع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، السعودية، ع 9، 1996، ج 3، ص 19 وما بعدها. خلفي، وسيلة: فقه التنزيل، مرجع سابق، ص261 وما بعدها.

5 - حسين، حامد الحسان: نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، مكتبة المتنبّي، مصر، د.ط، 1981، ص226. الميس، خليل: سد الذرائع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، السعودية، ع 9، 1996، ج 3، ص 74.

6 - بنى المانعون من القول بالذرائع الكثير من فروعهم الفقهية على الاعتداد بهذا المبدأ التشريعي؛ فالحنفية يقولون بتوريث المريض مرض الموت لثلاث يتذرع بالطلاق إلى منعها من الميراث، كما يلزمون المعتدة من وفاة زوجها بالحداد، لأن تطييبها يمكن أن يتوسل به إلى حث الرجال على نكاحها وهو ممنوع، فالظاهر أن عمدتهم في ذلك هو سد الذريعة الذي اشتهر عنهم عدم الاعتداء به، أما نماذج ذلك عند الشافعية فأوضح؛ فقد أثبت الامام الشافعي في الأم هذا الأصل تصرّحا بقوله: "أن الذرائع إلى الحلال والحرام تشبه معاني الحلال والحرام"، وقد بنى على ذلك القول بسد ذريعة منع الماء لإفضائه إلى منع الكأ وهو حرام، فكان الأولى سده، لأنه كان ذريعة إلى منع ما احل الله، فينبغي فيه التحريم، كما يحرم ما كان ذريعة إلى احلال ما حرم الله. بل إن ابن حزم، الذي شنع بالتخاذل والفساد على من قال بالأخذ بسد الذرائع، نزع إلى القول بفسخ كل عقد يؤول إلى ملايسة المعصية، ويفضي إلى المحرم؛ كبيع السلاح أو الخيل ممن يوقن أنه يعدو بها على المسلمين، أو بيع الحرير ممن يوقن اتخاذه لباسا، أو بيع الغلمان ممن يعلم أنه =

وإن أكدوا إسقاطه على مستوى التأصيل. وذلك ما أثبتته القرطبي بقوله: "سد الذرائع ذهب إليه مالك وأصحابه، وخالفه أكثر الناس تأصيلاً، وعملوا به في أكثر فروعهم تفصيلاً"². وإن كانت للمالكية في ذلك فضل مزية أو مزيد خصوصية، فهو الاكثار من الأخذ به، والتوسعة في التحوط جلباً للمصلحة الراجحة ودرءاً للمفسدة الغالبة. وهو بذلك مبدأ أصل شرعي قطعي مجمع عليه بالجملة وإن اختلفت الأفهام في تفاصيله، كما قرر ذلك القرابي في فروقه، والشاطبي في موافقاته³.

فليس بساط الخلاف بين المالكية ومنازعيهم بالسعة الكبيرة التي يظنها الكثير، وأصل سد الذرائع مشهود له بالاعتبار بنص القرآن الكريم، والسنة النبوية، شهادة مستفيضة ينبو عن حصر بنودها ضيق البحث هنا، وقد استرسل الإمام ابن القيم في سوقها حتى أوصلها إلى تسع وتسعين⁴، واعتبر سد الذريعة أحد أرباع الدين إذ يقول: "وباب سد الذرائع أحد أرباع التكليف، فإنه أمر ونهي، والأمر نوعان أحدهما مقصود لنفسه، والثاني وسيلة إلى المقصود، والنهي نوعان أحدهما ما يكون المنهي عنه مفسدة في نفسه، والثاني ما يكون وسيلة إلى مفسدة، فصار سد الذرائع المفضية إلى الحرام أحد أرباع الدين"⁵.

ج- علاقة سد الذرائع بفقهاء المآلات:

تقرر مما سبق أن سد الذرائع يعد إحدى أهم قواعد الاجتهاد المآلي، لأنه يتخذ من ثمرة الفعل ونتيجته أساساً للحكم عليه، فإن افضى إلى مصلحة أثبتت عليه القاعدة وشملته بالإذن، وإن آل إلى مفسدة سلخت عنه هذه المشروعية وذلك الإذن⁶.

=يفسق بهم، أو يخصيهم.. وغيرها من النماذج المبسطة في محلاه. ينظر الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج3، ص 218. الشافعي: الأم، دار المعرفة، لبنان، د.ط، 1990م، ج4، ص51. ملا خسرو: درر الحكام، دار إحياء الكتب العربية، لبنان، د.ط، د.ت، ج1، ص382، ابن حزم: الإحكام في أصول الأحكام، مرجع سابق، ج 6، ص 13. ابن حزم: المحلى بالآثار، دار الفكر، لبنان، د.ط، د.ت، ج7، ص 522. خلفي، وسيلة: فقه التنزيل، مرجع سابق، 262 و 263. العنزي، سعود: سد الذرائع عند الامام بن القيم، الدار الأثرية، الأردن، ط1، 2007، ص55 وما بعدها. الميس، خليل: سد الذرائع، مرجع سابق، ج9، ص3، 1385، التارزي، مصطفى كمال: سد الذرائع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، السعودية، ع 9، 1996، ج 3، ص 9، 1385، التارزي، مصطفى كمال: سد الذرائع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، السعودية، ع 9، 1996، ج 3، ص 1549.

1 - سماعي، محمد عمر: نظرية الاحتياط الفقهي، مرجع سابق، ص289.

2 - الشوكاني: إرشاد الفحول، مرجع سابق، ج2، ص 194.

3- القرابي: الفروق، مرجع سابق، ج2، ص33. الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج5، ص185.

4- ابن القيم: إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج3، ص 110 وما بعدها.

5- ابن القيم: إعلام الموقعين، مرجع نفسه، ج3، ص 126.

6- سماعي، محمد عمر: نظرية الاحتياط الفقهي، مرجع سابق، ص290 و 291. العبد، خليل: أثر مآلات الأفعال في تكيفها الشرعي، مرجع سابق، ص175. - البدوي، يوسف: مقاصد الشريعة عند ابن تيمية، مرجع سابق، ص373 و 374. أزهرى، علي أحمد: مآلات الأفعال، دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية، مجلة كلية أصول الدين - جامعة أم درمان، السودان، ع 7، رمضان 1434هـ، ص225.

فمنع التذرع يجسد دورا وقائيا ونظرا احترازيا في تحصيل مقاصد الشريعة، وتفعيل محاسبتها، وحسم مفاصلها. وذلك أعلى درجات الحكمة والتمام الذي يميز شرع الله، وفي ذلك يقول ابن القيم: "لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها، كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها، فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها بحسب إفضائها إلى غايتها. فوسيلة المقصود تابعة للمقصود، وكلاهما مقصود لكنه مقصود قصد الغايات، وهي مقصودة قصد الوسائل، فإذا حرم الرب تعالى شيئا وله طرف ووسائل تفضي إليه فإنه يحرمها ويمنع منها تحقيقا لتحريمه، وتثبيتا له، ومنعا أن يقرب حماه، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه، لكان ذلك نقضا للتحريم، وإغراء للنفوس به، وحكمته تعالى وعلمه يأبى ذلك كل الإباء"¹.

2- قاعدة الحيل:

وهذه القاعدة قريبة من سابقتها بل هي إحدى خواصها، وأخص متعلقاتها التي تمتد إليها برباط قوي من حيث المعنى المقصود للشرع من الأفعال ومدى مراعات النية والباعث فيها.

أ- تعريف الحيل:

يعرفها الشافعي بأنها: تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر². وإلى قريب من ذلك يفسرها ابن تيمية حيث قال: "الحيلة أن يقصد سقوط الواجب أو حل الحرام بفعل لم يقصد به ما جعل ذلك الفعل له أو ما شرع له"³.

ب- علاقة الحيل بفقهاء المآلات:

لما كان المقصد الأساس من التحليل هو مناقضة قصد الشارع، وإبطال حكمه وإفساد مقصوده من الأحكام الشرعية، كانت الحيلة المتوسلة بها إلى ذلك ممنوعة ومحرومة، لخرمها لأصل التعليل الذي أثبتت عليه تلك الأحكام⁴، سواء، أثمرت إباحة محرم، أم تحريم مباح، و"الله سبحانه وتعالى إنما أوجب الواجبات، وحرم المحرمات لما تضمن ذلك من المصالح لخلقه ودفع المفاسد عنهم، ولأن يبتليهم بأن يميز من يطيعه ممن يعصيه، فإذا احتال المرء على حل المحرم، أو سقوط الواجب؛ بأن يعمل عملا لو عمل على وجهه المقصود

1 - ابن القيم: إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج3، ص 108 و109.

2 - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج5، ص 187.

3 - ابن تيمية، أحمد: الفتاوى الكبرى، مرجع سابق، ج6/17.

4 - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج5، ص 187. العبد، خليل: أثر مآلات الأفعال في تكيفها الشرعي، مرجع سابق، ص183.

لزال ذلك التحريم أو سقط ذلك الواجب ضمنا وتبعاً لا أصلاً وقصدًا، ويكون إنما عمله ليغير ذلك الحكم أصلاً وقصدًا فقد تسمى في دين الله بالفساد من وجهين:

1- أحدهما: أن الأمر المحتال عليه أبطل ما فيه من حكمة الشارع ونقض حكمه.

2- الثاني: أن الأمر المحتال به لم يكن له حقيقة ولا كان مقصودًا، بحيث يكون ذلك محصلًا لحكمة الشارع فيه ومقصوده. فصار مفسدًا سعيه في حصول المحتال عليه إذا كان حقيقة المحرم ومعناه موجودًا فيه، وإن خالفه في الصورة ولم يكن مصلحًا بالأمر المحتال به إذا لم يكن له حقيقة عنده ولا مقصوده¹.
فالإعمال الصوري للأحكام وإنفاذها بصفة اجرائية، لا يفي بمتطلبات اسباغ الشرعية على الأفعال؛ ذلك أن باعث هذا الأعمال وقصد انفاذها نكب عن تحصيل الغاية الشرعية المرسومة، فهو وإن "ساغ في عالم القوانين الوضعية، وكفى في إخلاء الذمة من توابع المسؤولية تجاهها، فهو غير سائغ في شريعة الإسلام، ما لم ينبثق عن بواعث الامتثال والاتباع، بل هو باطل ما لم تحركه نية الطاعة، ورغبة تحقيق مقاصد التكليف، اعلانًا داخليًا بالموافقة الصادقة والواعية لتكاليف الشارع سبحانه، وضمانًا لما استشرفه من الأهداف والمقاصد العظيمة"².

ولذلك كله فإن إفضاء التحليل إلى النقض لا يتوقف عند المقصد الشرعي، بل يمتد إبطاله إلى مبدأ سد الذرائع³. فإن "الشارع يسد الطريق إلى المفسد بكل ممكن، والمحتال يفتح الطريق إليها بحيلة، فأين من يمنع الجائز خشية الوقوع في المحرم، إلى من يعمل الحيلة في التوصل إليه"⁴.

وبذا ترسم أوامر العلاقة بين قاعدة منع التحيل وبين أصل الاجتهاد المالي؛ إذ تتغيا القاعدة حفظ أصلها وصون معانيه من الانحرام الذي قد يتفصد عن قصد غير مشروعة، يكون مآلها وصيرورة حالها إلى الفساد والإبطال والمناقضة لشرع الله. فينبغي في النظر الاجتهادي عدم الانجرار وراء ظواهر البواعث، التي وإن اكتسبت لبوس الإذن، غير أنها مهدورة الاعتبار بالنوايا المستترة من خلفها، إذا ما أثبتت النظر المالي عنادها لمقاصد الشرع وأيلولتها إلى الإضرار، وجلب أوحم المفسد⁵.

1 - ابن تيمية، أحمد: الفتاوى الكبرى، مرجع سابق، ج6، ص 166 و167.

2 - السنوسي، عبد الرحمن: اعتبار المآلات ومراعات نتائج التصرفات، مرجع سابق، ص285.

3- يتلخص الفرق بين التحيل والتذرع، من جهة اتجاه الباعث في الحيل إلى هدم المقصد الشرعي في التصرفات على وجه الحتم، بخلاف الذرائع التي قد تصير فيها قصود المكلفين نحو الإبطال وإفاته الحكم وقد لا تتجه، فالحاصل أن بينهما عمومًا وخصوصًا، يجعل قاعدة سدا الذرائع أشمل وأعم من مبدأ الحيل. ينظر: ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص365 و366. ابو البصل، علي: الذرائع والحيل، مجلة الحكمة، بريطانيا، ع14، 1997، ص81 و86. الاسطل، يونس: ميزان الترجيح في المصالح والمفاسد المتعارضة، رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية، الأردن، 1996، ص30 و31. البدوي، يوسف: مقاصد الشريعة عند ابن تيمية، مرجع سابق، ص379 و380. اليوبي: محمد، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، مرجع سابق، ص591.

4- ابن القيم: إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج03، ص126.

5- السنوسي، عبد الرحمن: اعتبار المآلات ومراعات نتائج التصرفات، مرجع سابق، ص286.

3- قاعدة الاستحسان:

لم يحصل أن دب خلاف بين علماء الشرع كما حصل بشأن قاعدة الاستحسان، من حيث حجية الاعتداد بها ونحن هنا نفصل القول في مفهومها وبيان حجية الأخذ بها وعلاقتها بالنظر المآلي.

أ- تعريف الاستحسان:

تعددت الرؤى في تعريف قاعدة الاستحسان تعدد المذاهب الفقهية المعروفة ولذلك سنعمد إلى إثبات هذه التعريفات استناداً إلى وجهات نظر مذاهبها:

أ- تعريف الاستحسان عند الحنفية: عرفه الكرخي بأنه "العدول عما حكم به في نظائر مسألة إلى خلافه لوجه أقوى منه"¹، ومقتضى ذلك أن يعدل عن إعمال الأصل العام في حكم مسألة ما، لوجه أقوى يوجب عدول الفقيه عن حكم نظائرها، إذا دل دليل خاص على إخراج صورتها من صور ما دل عليه ذلك الأصل العام².

وقد اعترض على هذا الحد بأنه لا يخرج عن كونه تخصيصاً للعام، الذي هو محل اتفاق بين العلماء³، بينما الاستحسان محل خلاف شديد بينهم، كما أن هذا التعريف غير مانع من عد النسخ ضمن صور الاستحسان، رغم أن الحنيفة لا يضمّنون الاستحسان التخصيص ولا النسخ⁴.

ب- تعريف الاستحسان عند المالكية: عرفه الشاطبي بأنه: "الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي"⁵، وواقفه في ذلك ابن الأبياري⁶، ومقتضى ذلك تقديم الاستدلال المرسل على القياس⁷. فقاعدة الاستحسان - بحسب المالكية - هي جزء من نظرية المصلحة المرسل وأحد فروعها⁸.

¹ - الطوفي: شرح مختصر الروضة، مرجع سابق، ج 3، ص 198.

² - إدريس، عبد الفتاح محمود: موقف الامام الشافعي من حجية الاستحسان، مجلة البحوث والدراسات الشرعية، مصر، ع4، محرم 1434، ص 106.

³ صرح الشيرازي من الشافعية، وابن العربي من المالكية بأن تعريف الاستحسان بالقول بأقوى الدليلين محل توافق بين العلماء، يرتفع به الخلاف. ينظر: الشيرازي: اللمع في أصول الفقه، مرجع سابق، ص 121. النشمي، عجيل جاسم: الاستحسان حقيقة ومذاهب الأصوليين فيه، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت ع 1، 1984، ص 112 و 113. الفيبي، سلمان بن محمد: الأثر الفقهي للخلاف في حجية الاستحسان، حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية، جامعة القاهرة، مصر، مج 06، ع 14، 2010، ص 336. الجلال، محمد سنان: الاستحسان، اشكالية اللفظ ومشكلة ضبط المعنى، مجلة البحوث والدراسات الشرعية، مصر، ع 17، مج 9، 2013، ص 266.

⁴ - الجلال، محمد سنان: الاستحسان، اشكالية اللفظ ومشكلة ضبط المعنى، مرجع سابق، ص 267. مقدادي، منصور: الاستحسان: حقيقته وتطبيقاته عند الشافعية، مجلة دراسات كلية علوم الشريعة والقانون، الأردن، مج 37، ع 1، 2010، ص 119.

⁵ - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 05، ص 194.

⁶ - الشوكاني: إرشاد الفحول، مرجع سابق، ج 2، ص 183. الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه، مرجع سابق، ج 08، ص 98.

⁷ - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 05، ص 194.

⁸ - مقدادي، منصور: الاستحسان: حقيقته وتطبيقاته عند الشافعية، مرجع سابق، ص 120.

- تعريف الاستحسان عند الحنابلة:

تتفق الحنابلة مع ذهب إليه الكرخي من الحنفية في تعريف الاستحسان الذي هو: "العدول عن موجب قياس إلى دليل هو أقوى منه"¹. وفسره الكلوداني بالقول بأن ترك القياس لا يكون إلا لدليل ثبتت قوته من كتاب أو سنة أو إجماع².

ووافق في ذلك ابن تيمية؛ إذ يقول: "وهذا الكلام منه يقتضي أن الاستحسان ترجيح أحد الدليلين على الآخر، وهذا معنى قول القاضي، ولفظ الاستحسان يؤيد هذا، فإنه اختيار الأحسن، وإنما يكون في شيئين حسنين"³.

- **الترجيح:** والظاهر أن الاتجاهات المذهبية في تعريف الاستحسان متقاربة من حيث المعنى والحقيقة، وإن حصل الخلاف بينها في اللفظ⁴، المعبر به عن هذا الحد أو ذاك.

ب- حجية الاستحسان:

لم يتفق الفقهاء على تصور واضح وموحد لقاعدة الاستحسان باعتباره دليلاً مستقلاً في استنباط الأحكام الشرعية، فانعقد الخلاف في الأخذ بهذا المبدأ بين فريقين:

- **الأول:** ينزع إلى القول بعدم اعتبار الاستحسان دليلاً شرعياً وينفي عنه الحجية الشرعية وهو رأي الشافعي، وابن حزم من الظاهرية⁵.

- **الثاني:** يرى حجية الاستحسان في إثبات الحكم الشرعي، باعتباره دليلاً مستقلاً على هذا الحنفية⁶، والمالكية⁷، والحنابلة⁸.

1 - الكلوداني، محفوظ: التمهيد في أصول الفقه، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي، السعودية، ط 1، 1985، ج 4، ص 93.

الطوفي: شرح مختصر الروضة، مرجع سابق، ج 3، ص 202.

2 - ابن تيمية: المسودة في أصول الفقه، مرجع سابق، ص 454.

3 - ابن تيمية: المسودة في أصول الفقه، مرجع سابق، ص 454.

4 - العتيبي، خالد بن شجاع وأيمن، عمر: حجية الاستحسان عند المالكية والحنابلة، مجلة دار العلوم جامعة القاهرة. مصر، ع 55، 2010. ص 116. الاشقر، عمر سليمان: الاستحسان بين مؤيديه ومعارضيه، مجلة الحكمة، السعودية، ع 4، 1994، ص 149.

5- الشافعي: الرسالة، مرجع سابق، ص 503. ابن حزم: الإحكام في أصول الأحكام، مرجع سابق، ج 6، ص 16.

6- ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص 243. البخاري: كشف الأسرار، مرجع سابق، ج 4، ص 02.

7- يعتبر المالكية كما الحنفية ممن أكثر القول بالاستحسان، حتى روى ابن القاسم عن الإمام مالك أنه قال: "الاستحسان تسعة أعشار العلم"، ابن حسين: تهذيب الفروق، على هامش كتاب الفروق، عالم الكتب، لبنان، د.ط، د.ت، ج 4، ص 146.

- الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 3، ص 138. ابن رشد: البيان والتحصيل، مرجع سابق، ج 4، ص 155 الاصفهاني: بيان المختصر، شرح مختصر ابن الحاجب، مرجع سابق، ج 3، ص 280.

8 - الفتوحى: شرح الكوكب المنير، مكتبة العبيكان، السعودية، ط 2، 1997م، ج 4، ص 427. الطوفي: شرح مختصر الروضة، مرجع سابق، ج 3، ص 190.

وفيما يلي تفصيل لأدلة الفريقين وبسط للكلام في حججهما:

- أدلة المانعين:

احتج أصحاب القول بعدم حجية الاستحسان بجملة أدلة أهمها:¹

1- الاستحسان ضرب من التشهي والتذوق، والجرأة على التشريع الإلهي، بمناقضة موجب الدليل الثابت، مجرد الهوى والرأي الموقع في السدى الممنوع، لقوله تعالى: ﴿أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يُتْرَكَ سُدًى﴾²، وقوله أيضا: ﴿وَأَنْ أَحْكُمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ﴾³. وقد نقل عن الشافعي قوله أن: " من استحسن فقد شرع"⁴، وقد قال في الأم: "من أفتى أو حكم بما لم يؤمر به، فقد أجاز لنفسه أن يكون في معاني السدى"⁵.

2- الاستحسان مدعاة إلى الفرقة، وتشتيت القول في الفتيا، فإن لكل مجتهد أن يستحسن في النوازل المستجدة التي لم يرد لها دليل من نص أو قياس، فتخرج في الواقعة الواحدة ضروب شتى من الأحكام لاختلاف الأفهام، وتجردها من الضوابط والمقاييس.

- لو كان الاستحسان جائزا لكان النبي ﷺ أولى الناس به وهو المعصوم، وقد ثبت انتظاره الوحي في الوقائع التي كانت تطرأ له، ولم يكن يفتي بالاستحسان فكان الأولى عدم الاعتداد به دليلا شرعيا.

- موجب الاستحسان وأساسه العقل، وهو أمر يتشارك فيه العالم والجاهل، فلو جاز الاستحسان لأحدهما لجاز لتساويهما في ضابطه ومقتضاه، وهذا أمر لم يقل به أحد من أهل العلم.

- حاصل الاستحسان تقديم دليل قوي على أصل عام في مسألة جزئية، فمآله إلى إعمال النص أو القياس أو الإجماع، وهي أدلة مستقلة ومعروفة تغني عن إعمال الاستحسان كدليل مستقل، لأن في الاعتداد به تزيد على الأدلة الثابتة التي أمرنا باتباعها، بقوله تعالى: ﴿وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ﴾⁶.

¹- للاستزادة ينظر: الأشقر، عمر سليمان: الاستحسان بين مؤيديه ومعارضيه، مرجع سابق، ص145 وما بعدها، طاهر، محمود: الاستحسان أنواعه وأحكامه، مرجع سابق، ص177. مقدادي، منصور: الاستحسان: حقيقته وتطبيقاته عند الشافعية، مرجع سابق، ص123. الجلال، محمد سنان: الاستحسان، إشكالية اللفظ ومشكلة ضبط المعنى، مرجع سابق، ص265 وما بعدها. إدريس، عبد الفتاح محمود: موقف الإمام الشافعي من حجية الاستحسان، مرجع سابق، ص107 وما بعدها. الفيافي، سلمان بن محمد: الأثر الفقهي للخلاف في حجية الاستحسان، مرجع سابق، ص344. العسري، محمد: الاستحسان وأهميته في تفعيل الاجتهاد المقاصدي، مجلة الإحياء، ع 37 و38، 2013، ص145.

² - [سورة القيامة: الآية 36]

³ - [سورة المائدة: الآية 49]

⁴- الجويني، أبو المعالي: نهاية المطلب في دراية المذهب، دار المنهاج، السعودية، ط 1، 2007م، ج 18، ص 473. الغزالي: المستصفى، مرجع سابق، ص171. الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه، مرجع سابق، ج8، ص 95.

⁵ - الشافعي: الام، مرجع سابق، ج07، ص 313.

⁶[سورة التغابن: الآية 12]

- إنكار النبي ﷺ على بعض صحابته إعمالهم للاستحسان في مسائل طرأت لهم؛ كواقعة أسامة رضي الله عنه مع الرجل الذي قتله، رغم شهادته بالتوحيد تحت حرّ السيف.

- أدلة المجيزين:

استند الجمهور في إجازتهم للاستحسان، واعتدادهم له بمجموع أدلة من الكتاب، والسنة، والمعقول، نذكر منها:¹

- من الكتاب:

1- قوله تعالى: ﴿وَاتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ﴾²، ووجه الاحتجاج من هذا النص أمر المولى المؤمنين باتباع أحسن التنزيل، رغم أنه حسن كله، وليس الاستحسان إلا ذاك، ولولا أنه حجة لما كان لذلك التوجيه أي معنى.

2- قوله أيضا: ﴿الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ﴾³، فالآية نص في المدح والثناء على متبع أحسن القول، فكان كذلك نصا في اعتبار الاستحسان.

- من السنة النبوية:

1- ما رواه ابن مسعود رضي الله عنه موقوفا عن النبي ﷺ أنه قال: «ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن»⁴. ووجه الدلالة من الحديث أن ما اتفقت فيه كلمة المسلمين بالتحسين، فهو عند الله حسن، ولا يكون ذلك إلا فيما رأوه بعقولهم، وإلا لو كان حسنه بالدليل النقلي لم يكن من حسن ما يرون، إذ لا مجال للعقول في التشريع، فلا يكون للحديث فائدة؛ فدل على أن المراد ما رأوه برأيهم، وهذا هو الاستحسان⁵.

- من المعقول:

الأخذ بالاستحسان ثابت بالأدلة المتفق على حجيتها، وليس مجرد تشبه أو تذوق. فإما أن تثبت قاعدته بالنص؛ كالسلم والإجارة، وإما أن يكون مستنده الإجماع؛ كما في عقد الاستصناع ودخول الحمام

¹ - الجصاص: الفصول في الأصول، مرجع سابق، ج 4، ص 223. السرخسي: أصول السرخسي، دار المعرفة، لبنان، د.ط، د.ت، ج 2، ص 200. ابن العربي: المحصول، مرجع سابق، ص 131. ابن حسين: تهذيب الفروق، مرجع سابق، ج 4، ص 146. القرافي: شرح تنقيح الفصول، مرجع سابق، ص 452.

- الظفري، ابو الوفاء: الواضح في أصول الفقه، مرجع سابق، ج 2، ص 100. ابن تيمية: المسودة في أصول الفقه، مرجع سابق، ص 451.

² - [سورة الزمر: الآية 55]

³ - [سورة الزمر: الآية 18]

⁴ أحمد: مسند أحمد، مرجع سابق، مسند عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، ج 3، ص 505. الحاكم: المستدرک، مرجع سابق، كتاب معرفة الصحابة رضي الله عنهم، ج 3، ص 83. وقال هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه. الطبراني: المعجم الأوسط، دار الحرمين، مصر، د.ط، د.ت، باب الرأي من اسمه زكريا، ج 4، ص 58.

⁵ - إدريس، عبد الفتاح محمود: موقف الامام الشافعي من حجية الاستحسان، مرجع سابق، ص 109.

وشرب الماء من أيدي السقائين، وإما أن يثبت بالقياس الخفي أو العرف أو المصلحة، وفي ذلك يقول الشافعي: " إن من استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه، وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة في أمثال تلك الأشياء المفروضة؛ كالمسائل التي يقتضي القياس فيها أمراً، إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلى فوت مصلحة من جهة أخرى، أو جلب مفسدة كذلك. وكثير ما يتفق هذا في الأصل الضروري مع الحاجي، والحاجي مع التكميلي"¹.

- الترجيح: يستبين بعد هذه الاستفاضة أن الاختلاف بين الفريقين له سمة لفظية من وجه، وأخرى حقيقية من وجوه:

فأما الخلاف اللفظي؛ فهو واقع بشأن تحديد المعنى المقصود من الاستحسان، فالمثبتون له يريدون به العدول المبني على أقوى الدليلين، وأظهر الحجيتين، وهو أمر لا يخالف فيه المنكرون، إذ ينصب قصدهم منه على ما كان معتمده محض التشهي والتلذذ².

وفيما عدا ذلك، يبدو أن الاتفاق حاصل بين الفريقين على اعتبار الاستحسان في أغلب صورته التي لا يخالف فيها الشافعي نفسه³. إذ ثبت عنه العمل به وإن على إقلال في مواضع عديدة، بل وعلى نحو صريح في بعض منها؛ إذ صرح بتسميتها استحساناً كما، في تقديره للمتعة بثلاثين درهماً، وإعطاء المهر بالخلوة في المذهب القديم، وإجازته دفع الزكاة قبل حلول أوانها⁴. كما أن مذهبه الجديد يشهد باعتبار العدول عن القياس العقلي للعرف المعتد به شرعاً⁵. وقد اشتهر عنه قوله عند تعارض الأقيسة هذا

1- الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج5، ص 194.

2 - لا ريب أن مطعن الشافعية على أن أبي حنيفة في حمل حقيقة الاستحسان الذي قال به على وجه التذوق والهوى بعيد عن الصواب والدقة، وأبو حنيفة بريء إلى الله من إثبات حكم بلا حجة ولا دليل معتبر، كما أثبت ذلك الزركشي، وبعض من علماء الشافعية. ينظر: الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه، مرجع سابق، ج8، ص97. السمعاني: قواطع الأدلة في الأصول، مرجع سابق، ج2، ص268. الغزالي: المستصفى، مرجع سابق، ص173. الأسنوي: نهاية السؤل، مرجع سابق، ص366. لقيفي، سلمان بن محمد: الأثر الفقهي للخلاف في حجية الاستحسان، مرجع سابق، ص350.

3- نص الخطيب الشريبي وهو شافعي المذهب على أن من الاستحسان ما هو فاسد مردود، ومنه ما هو صحيح مقبول؛ فالأول ما كان لأمر يهجنس في النفس من غير دليل أو على خلافه فتحرم متابعته، والثاني: ما شهد له نص من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس فتجب متابعته ولا ينقض. وتابعه في ذلك الشرواني. ينظر: الشريبي، الخطيب: مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1994م، ج6، ص295. السنيكي: أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، لبنان، د.ط، د.ت، ج4، ص304. ابن حجر: تحفة المحتاج في شرح المنهاج وبهامشه حاشية الشرواني، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، د.ط، 1983م، ج10، ص145.

4 - الشافعي: الأم، مرجع سابق، ج7، ص273. المزني: مختصر المزني، دار المعرفة لبنان، د.ط، 1990م، ج8، ص283. الماوردي: الحاوي الكبير، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1999م، ج9، ص476 و540.

5- العسري، محمد: الاستحسان وأهميته في تفعيل الاجتهاد المقاصدي. مرجع سابق، ص147. أبو زهرة: الشافعي: حياته وعصره، دار الفكر العربي، مصر ط 2، 1978، ص320 وما بعدها.

"أستحسنه أو أستحبه"¹.

بينما يبقى محل النزاع منحصرًا في بعض الأنواع التي يعدل بمقتضاها عن الأصل العام لاعتبار قياس خفي، كما هو معتبر عند الحنفية، أو مراعات مصلحة جزئية أو أخذ بما استقر عليه عمل أهل المدينة كما هو عند المالكية، حيث ينازع الشافعي القائلين بما في صحة هذا العدول، لتضمن هذا الجهد اختيارًا اجتهاديا خاصًا، أو ثبوت مخالفته له في الأخذ به من الأساس².
ومنه فقاعدة الاستحسان بالجملة دليل معتبر، وحجة ناهضة بالفعل الاجتهادي، لدرك الأحكام الشرعية، وإسقاطها على محالها الملائمة لها، ما دام مستندا إلى دليل شرعي، لا عن محض هوى واشتهاء.

ج- علاقة الاستحسان بفقهاء المآلات:

ثبت مما سبق أن حقيقة الاستحسان تكمن في استثناء جزئية من حكم كلي، أو عدول عن حكم إلى آخر في واقعة مخصوصة لظرف لا بسببها، واقتضى أصل الدليل العام فيها منع حصول المقصود الشرعي منها، أو أفضى إلى نقيضه، فكان الواجب على متصدر النظر الاجتهادي اعتبار الحكم الاستثنائي درءًا للعواقب السيئة التي يمكن أن تنجم عن إعمال القياس العام على تلك الوقائع المخصوصة. وليس ذلك إلا النظر في المآل، وإعمال فقه التبصر في العواقب، فلما قعد الحكم الأصلي عن تحقيق الباعث منه الممثل في العدل والمصلحة التي قصدها الشرع من تلك المسألة لزم العدول إلى ما يحقق تلك المصلحة، ويجسد ذاك العدل من خلال تطبيق كلي آخر أجدر بتحقيق العدل والمصلحة، وهذا ضرب من النظر في المآلات بلا ريب³.
والاستحسان بهذا لا يخرج عن مقتضى باقي الأدلة، غير أنه يختص بالنظر إلى مآلات الأدلة ولوازمها، والتي لو لم تعتبر لوقع للناس الضرر والمشقة والخرج بسبب فوات مصالحهم⁴.

ويلخص الشاطبي كل ذلك بأبلغ عبارة فيقول: "فإن من استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه، وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة في أمثال تلك الأشياء المفروضة كالمسائل التي يقتضي القياس فيها، أمرًا إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلى فوت مصلحة من جهة أخرى أو جلب مفسدة كذلك، وكثيرًا ما يتفق هذا في الأصل مع الحاجي، والحاجي مع التكميلي، فيكون إجراء القياس مطلقًا في الضروري يؤدي إلى حرج ومشقة في بعض موارد، فيستثنى موضع الحرج، وكذلك في الحاجي مع التكميلي أو الضروري مع التكميلي وهو ظاهر"¹.

1 - عبد العلي الانصاري: فواتح الرحموت، دار الكتب العلمية، لبنان، د.ط، 2002، ج2، ص 321.

2 - العسري، محمد: الاستحسان وأهميته في تفعيل الاجتهاد المقاصدي. مرجع سابق، ص147.

3- العبد، خليل: أثر مآلات الأفعال في تكييفها الشرعي، مرجع سابق، ص192. الاسطل، يونس: ميزان الترجيح في المصالح والمفاسد المتعارضة، مرجع سابق، ص35.

4 - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 5، ص 198 و199،

4- قاعدة مراعات الخلاف:

أ- تعريف مراعات الخلاف:

يعرف ابن عرفة مبدأ مراعات الخلاف بأنه: "إعمال دليل في لازم مدلوله، الذي أعمل في نقيضه دليل آخر"². وهذا التعريف على جودته منتقد بكونه لا يشمل كل صور القاعدة التي تواضع عليها متأخرو المالكية.

ولذلك حدّها بعض المتأخرين بأنها: "اعتبار خلاف الغير، بالخروج منه عند قوة مأخذه، بامثال مقتضى ما اختلف فيه"³.

ومن أمثلة إعمال هذا الأصل فسخ الإمام مالك لصريح نكاح الشغار بدليل قوله ﷺ: «لا شغار في الإسلام»⁴، ومدلول الحديث تحريم الشغار لاقتضاء النهي الفساد، فلزم الفسخ، لكن مالكا راعى الخلاف من خلال إعمال لازم مدلول أبي حنيفة القائل بتصحيح العقد، فراعى مالك هذا اللازم فقال بثبوت الطلاق الميراث بين الزوجين⁵.

ب- مشروعية مراعات الخلاف :

ذهب جمهور المالكية إلى القول بمراعات الخلاف باعتباره أصلا اجتهاديا من أصول المذهب التشريعية، وهو مذهب الحنفية كما نص على ذلك ابن عابدين وابن نجيم⁶، ووافقهم في ذلك جماعة من الشافعية⁷. واستندوا في ذلك لحجج وأدلة أهمها:⁸

1 - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 5، ص 194.
2- الرصاص: الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الامام بن عرفة الوافية، المكتبة العلمية، لبنان، ط 1، 1350، ص 177.
3 - السنوسي، عبد الرحمن: مراعات الخلاف في الاجتهادات، مجلة البيان، لندن، ع 151، 2000، ص 21.
4- مسلم: صحيح مسلم، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه، ج 2، ص 1035.
5- التسولي: البهجة في شرح التحفة، مرجع سابق، ج 1، ص 21. الشاطبي، أبو إسحاق: الاعتصام، دار ابن عفان، السعودية، ط 1، 1992م، ج 2، ص 646.
6- ابن نجيم: البحر الرائق، دار الكتاب الإسلامي، لبنان، ط 2، د.ت، ج 1، ص 52 و 197. ابن عابدين: رد المحتار، مرجع سابق، ج 1، ص 147.
7- الزركشي: البحر المحيط، مرجع سابق، ج 8، ص 310. السبكي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ج 1، ص 117، ج 2، ص 128. السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص 136. النووي: المجموع، شرح المذهب، دار الفكر، سوري، د.ط، د.ت، ج 3، ص 196.
8- التسولي: البهجة في شرح التحفة، مرجع سابق، ج 1، ص 21. الشاطبي، أبو إسحاق: الاعتصام، مرجع سابق، ج 2، ص 646. الزركشي: المنثور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت، ط 2، 1985م، ج 2، ص 128. الزياتي، عبد السلام: افتتاح المذهب المالكي على المذاهب الفقهية من خلال مراعات الخلاف، ندوة (المذهب المالكي في سياقاته المعاصرة) - الرابطة المحمدية للعلماء، المغرب، مج 1، 2012، ص 352. غاوش، أحمد: المالكية وتأصيل الاعتراف بالاختلاف الفقهي. مراعات الخلاف أنموذجا، مجلة الإحياء، ع 36، ص 157-

- قوله ﷺ: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحلت من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»¹.
 ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ حكم على التزوج من دون ولي بالبطلان، ولازم هذا المدلول إهدار كل آثار هذا الزواج إذا وقع، لتطرق الفساد إليه، غير أن النص النبوي فيه تصحيح للمنهى عنه من وجه، بحيث يقع به التوارث، وتثبت به الأنساب، بدليل استحقاق المرأة المهر رغم البطلان². وفي ذلك إجراء للنكاح الفاسد مجرى الصحيح في بعض الأحكام كحرمة المصاهرة بين الزوجين، فكان ذلك دليلاً على الحكم بصحة هذا الزواج على الجملة، والا كان في حكم السفاح، وليس هو في حكمه باتفاق. وهكذا النكاح المختلف فيه، قد "يراعى فيه الخلاف، فلا تقع فيه الفرقة إذا عثر عليه بعد الدخول، مراعات لما يقترن بالدخول من الأمور التي ترجح جانب التصحيح"³.

- روت عائشة رضي الله عنها أن عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه، فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه، وقال: ابن أخي قد عهد إلي فيه، فقام عبد بن زمعة فقال: أخي، وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فتساوقا إلى النبي ﷺ، فقال سعد: «يا رسول الله، ابن أخي كان قد عهد إلي فيه»، فقال عبد بن زمعة: «أخي، وابن وليدة أبي، ولد على فراشه»، فقال رسول الله ﷺ: «هو لك يا عبد بن زمعة»، ثم قال النبي ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»، ثم قال لسودة بنت زمعة رضي الله عنها: «احتجني منه»، لما رأى من شبهه بعتبة فما رآها حتى لقي الله⁴.
 فالحديث حجة بينة على إعمال الحكمين، ومراعات الشبهين. فالمعتبر في ثبوت النسب الفراش، ولذلك ألحق النبي ﷺ الولد بزمعة. غير أنه راعى الشبه الحاصل بين الولد وعتبة، فأثبت المحرمية بينه وبين

العبد، خليل: أثر مآلات الأفعال في تكييفها الشرعي، مرجع سابق، ص193، 192. سيني، محمد: تجذر الغيرية في أصل مراعات الخلاف في الفكر الاجتهادي المالكي، مجلة حوليات التراث، ع 4، 2004، ص76.

¹ - الترمذي: سنن الترمذي، مرجع سابق، أبواب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، ج2، ص398، وقال هذا الحديث حسن، - أحمد: مسند أحمد، مرجع سابق، مسند الصديقة عائشة رضي الله عنها، مسند النساء، ج40، ص435. الدارمي: سنن الدارمي، دار المغني للنشر والتوزيع، السعودية، ط1، 2000م، كتاب النكاح، باب النهي عن النكاح بغير ولي، ج3، ص1397. الدارقطني: سنن الدارقطني، مرجع سابق، كتاب النكاح، ج4، ص313. الحاكم: المستدرک، مرجع سابق، كتاب النكاح، ج2، ص182. وقال هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

² - ذو الفقار، مصطفى: قاعدة مراعات الخلاف في الفقه الإسلامي، مجلة كلية الشريعة - جامعة أم درمان، السودان، ع 2، 2010، ص44.

³ - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج5، ص191 و192.

⁴ - البخاري: الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب البيوع، باب تفسير المشبهات، ج3، ص54. وكتاب الوصايا، باب قول الموصي لوصيه تعاهد ولدي، ج4، ص4.

سودة رضي الله عنها، بأمرها بالاحتجاب منه¹. وفي ذلك إعمال للالزام الدليل المعارض، إذ الاحتجاب لازم للحكم المقابل، وهو عدم أخوة الغلام لسودة بنت زمعة رضي الله عنها².

- فتاوى أعلام الصحابة رضي الله عنهم، واجتهاداتهم في قضايا عديدة، أصرحها ما حدث لابن مسعود رضي الله عنه مع الخليفة عثمان رضي الله عنه بمضى عندما أتم بهم الصلاة أربعاً فاسترجع ابن مسعود رضي الله عنه، وقال: «صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بمضى ركعتين، وصليت مع أبي بكر رضي الله عنه بمضى ركعتين، وصليت مع عمر بن الخطاب رضي الله عنه بمضى ركعتين، ثم تفرقت بكم الطرق، فليت حظي من أربع ركعات ركعتان متقبلتان»³. فلما عوتب في متابعتة للخليفة بالإتمام قال: «الخلاف شر»⁴. فرغم اعتقاد ابن مسعود لمخالفة عثمان لمقتضى سنة الرسول صلى الله عليه وسلم، وسنة صاحبيه من بعده، إلا أنه أعمل لازم دليل مخالفة المتضمن تصحيح الإتمام وهذا لون من مراعات الخلاف⁵.

ثبت بالاستقراء من النصوص أن مبنى الشريعة على نقض الحرج ورفع المشقة عن المكلفين، ومنع الإضرار بهم، وذلك ما يحققه رعي الخلاف من خلال العدول عن حكم ما وقع إجازة أو تركاً، "نظراً إلى أن ذلك الواقع وافق المكلف فيه دليلاً على الجملة وإن كان مرجوحاً، فهو راجح بالنسبة إلى إبقاء الحالة على ما وقعت عليه، لأن ذلك أولى من إزالتها، مع دخول ضرر على الفاعل أشد من مقتضى النهي، فيرجع الأمر إلى أن النهي كان دليلاً أقوى قبل الوقوع، ودليل الجواز أقوى بعد الوقوع لما افترن به من القرائن المرجحة"⁶.

ج- شروط العمل بمراعات الخلاف :

تنضبط قاعدة رعي خلاف عند العلماء بجملة شروط ينبغي مراعاتها أهمها:

- أن تكون المسألة محل خلاف بين العلماء: وبسط أبو العباس القبايب القول في موضوع هذا الأصل،

¹ - ابن القيم، الجوزية: زاد المعاد، مرجع سابق، ج5، ص371، ذو الفقار، مصطفى: قاعدة مراعات الخلاف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص44. السنوسي، عبد الرحمن: مراعات الخلاف في الاجتهادات، مرجع سابق، ص23.

² غاوش، أحمد: المالكية وتأسيس الاعتراف بالاختلاف الفقهي، مراعات الخلاف أنموذجاً، مرجع سابق، ص158.

³ - البخاري: الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب الحج، باب الصلاة بمضى، ج02، ص161.

⁴ - أبو داود: سنن أبي داود، مرجع سابق، كتاب المناسك، باب الصلاة بمضى، ج03، ص328. الصنعاني، عبد الرزاق: مصنف عبد الرزاق الصنعاني، المكتب الإسلامي، لبنان، ط2، 1403هـ، كتاب الصلاة، باب الصلاة في السفر، ج2، ص516. البزار: مسند البزار، مرجع سابق، مسند عبد الله بن مسعود، ج5، ص71. الموصلي، أبو يعلى: مسند أبي يعلى، دار المأمون للتراث، سوريا، ط1، 1984م، مسند عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، ج09، ص255. الطبراني: المعجم الاوسط، مرجع سابق، باب الميم، من اسمه محمد، ج6، ص368. البيهقي: السنن الكبرى، مرجع سابق، كتاب جماع ابواب صلاة لمسافر والجمع في السفر، باب من ترك القصر في السفر، ج03، ص205.

⁵ - غاوش، أحمد: المالكية وتأسيس الاعتراف بالاختلاف الفقهي، مراعات الخلاف أنموذجاً، مرجع سابق، ص160.

⁶ - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج5، ص190 و191.

فقال: "إن الأدلة الشرعية منها ما تبين قوته تبينا يجزم الناظر فيه بصحة أحد الدليلين والعمل بإحدى الأمرتين، فهذا لا وجه لمراعات الخلاف ولا معنى له، ومن الأدلة ما يقوى فيها أحد الدليلين، وتترجح فيها إحدى الأمرتين قوة ما ورجحانا لا ينقطع معه تردد النفس وتشوقها إلى مقتضى الدليل الآخر، فهذا هنا يحسن مراعات الخلاف"¹، ويزيد هذا الكلام بيانا بالقول أن "يعمل ابتداء على الدليل الأرجح لمقتضى الرجحان في غلبة الظن، فإذا وقع عقد أو عبادة على مقتضى الدليل الآخر لم يفسخ العقد، ولم تبطل العبادة لوقوع ذلك على موافقة دليل له في النفس اعتبار، وليس إسقاطه بالذي تنشرح له النفس"².

- أن يقوى مدرك الخلاف: لا يعتبر في الخلاف إلا ما قوي دليله، واشتد مدركه، وانتهضت الحجة له، فلا عبرة بما وهى وضعف من مآخذ المخالف، كالهفوة أو الشذوذ³. ولذلك سقط اعتبار ما نقل عن عطاء بن رباح من الخلافات في قوله بإباحة وطء الجوارى بالعارية⁴.

- أن لا يترك المراعي مذهبه بالكلية: لا يجب أن ينجم عن مراعات المجتهد للخلاف الإخلال كليا باجتهاده ودليله؛ بحيث يترك مذهبه من كل الوجوه، كأن يتزوج مالكي زواجا فاسدا على مذهبه، ثم يطلق ثلاثا، فإن ابن القاسم يبينه بينونة كبرى مراعات للخلاف القائل بصحته. فلو أعاد الزواج بها قبل أن تتزوج غيره لما فرق بينهما لاعتقاد فساد نكاحهما، وهو عنده صحيح، وعند مخالفه فاسد، فالمنع أولا من تزوجها هو مراعات للخلاف، والفسخ ثانيا لو قيل به كان هو الآخر رعيًا لذاك الخلاف، وسيؤول ذلك بالناظر إلى إهدار مذهبه كلية، جريا مع مذهب غيره، ومراعاته في كل حال⁵، وذلك يخرج عن مسمى مراعات الخلاف.

- ألا يسفر رعي الخلاف عن مناقضة الإجماع: ينبغي في أعمال مراعات الخلاف ألا يؤدي إلى مخالفة إجماع حاصل⁶؛ كمن نكح بغير ولي ولا شهود بمهر أقل من ربع دينار ذهبي. إن حكم هذا الزواج الفسخ إجماعا، ولا يراعى فيه خلاف، لأن هذه الصورة لا يقول بها أحد من الأئمة. فكل واحد منهم لو سئل

1 - الونشريسي: المعيار المعرب مرجع سابق، ج 1، ص 382.

2 - الونشريسي: المعيار المعرب مرجع نفسه، ج 1، ص 382.

3 - الزركشي: المنشور في القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج 2، ص 129. السيوطي: الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص 137. الزحيلي، محمد: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب، دار الفكر، سوريا، ط 2، 2006، ج 2، ص 718.

4 - السبكي: الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ج 1، ص 112 و 381. الزركشي: المنشور في القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج 2، ص 129 و 130. العطار: حاشية العطار على شرح الجلال، دار الكتب العلمية، لبنان، د. ط، د. ت، ج 2، ص 181.

5 - عليش: فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الامام مالك، دار المعرفة، لبنان، ط 1، د. ت، ج 1، ص 83. الزياتي، عبد السلام: انفتاح المذهب المالكي على المذاهب الفقهية من خلال مراعات الخلاف، مرجع سابق، ص 356.

6 - الزركشي: المنشور في القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج 2، ص 131.

عنها بانفراد لأبطلها؛ فالشافعي يبطلها لعدم وجود الولي والشهود، وأبو حنيفة يبطلها لعدم وجود الشهود، وعدم توفر أقل الصداق، ومالك يبطلها لعدم توفر أقل الصداق كذلك، وعدم وجود الولي¹.
- أن يكون الجمع بين المذاهب ممكناً: وإلا لم يكن للناظر في المسألة أن يترك ما اعتقد رجحانه لمراعات مرجوح، لأن ذلك موقع له في محذور العدول عما لزم اتباعه، كما أن الجمع بين المتناقضين متعذر عقلاً².

د- علاقة مراعات الخلاف بفقهاء المآلات:

إن مقتضى النظر الاجتهادي وأصله العام أن يستمسك المجتهد بمقتضى اجتهاده، الذي يعتقد صحة ورجاحة دليله. غير أن قاعدة رعي الخلاف تقتضي العدول عن ذلك إلى رأي المخالف المرجوح عنه، بسبب مراعات لمصلحة اقتضتها المسألة بعد الوقوع، أو درءاً لمفسدة تساوي أو تزيد عن مفسدة الرأي الراجح³، وهو "نوع من الالتفات إلى الأمر الواقع، والبناء عليه بعد تجديد النظر في المسألة؛ بحيث يصير التصرف بعد وقوعه معتبراً وشرعياً بالنظر لقول المخالف، وإن كان ضعيفاً في أصل النظر، لكن لما وقع الأمر على مقتضاه، روعيت المصلحة، ومبنى ذلك كله مراعات المآل، واعتبار الحال التي ستصير إليها المسألة بعد الوقوع على وفق ما يليق بالعدل ويقضيه الإنصاف"⁴.
وعلى ذلك جرى ابتناء الأحكام الشرعية في الفقه عند التطبيق، نحو قول الفقهاء أن كل زواج فاسد اختلف فيه فإن فسحه مفقود إلى طلاق، يثبت به الميراث لأنه بعد وقوعه تعلقت به جملة حقوق ومصالح لكل من الأزواج والأولاد والورثة⁵.

¹ - الزياتي، عبد السلام: انفتاح المذهب المالكي على المذاهب الفقهية من خلال مراعات الخلاف، مرجع سابق، ص 357.

² - الزركشي: المنشور في القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج 2، ص 131 و 132. السنوسي، عبد الرحمن: مراعات الخلاف في الاجتهادات، مرجع سابق، ص 27. ذو الفقار، مصطفى: قاعدة مراعات الخلاف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 50.

³ - السنوسي، عبد الرحمن: مراعات الخلاف في الاجتهادات، مرجع سابق، ص 24.

⁴ - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 05، ص 189. الاسطل، بونس: ميزان الترجيح في المصالح والمفاسد المتعارضة، مرجع سابق، ص 37. العبد، خليل: أثر مآلات الأفعال في تكييفها الشرعي، مرجع سابق، ص 194.

⁵ - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 05، ص 106. السنوسي، عبد الرحمن: مراعات الخلاف في الاجتهادات، مرجع سابق، ص 24.

المبحث الثالث: الضوابط المنظمة للاجتهاد التنزيلي في القانون الأسري الجزائري

يحتاج النظر الاجتهادي التنزيلي - في شقه القانوني - إلى إجراء الأحكام وفق مرحلتين مهمتين¹ في ضبط الإسقاط القانوني للقواعد الفقهية على الوقائع المرتبطة بشؤون الأسرة؛ حيث تقوم المرحلة الأولى منهما على الإعداد التشريعي والتهيئة التقنية للأحكام الفقهية الكلية والمجردة، المكتنزة بالموروث الفقهي الهائل، لاستخلاص أليقها بحكم مجموع الوقائع الإنسانية المراد ضبطها، وتقعيد نواميسها القانونية بالصنعة التشريعية، وفق الخصوصية الزمانية والمكانية التي تطبع - على نحو جمعي - أحوال الأشخاص وظروف الواقع الملابس لها، وهي بذلك تمثل التنويط العام من العمل الاجتهادي التمثلي، بينما تتمثل المرحلة الثانية من العمل التنزيلي في الجانب الإنجازي والتطبيقي، الذي يتولى لحظ إجراءات الاجتهاد القضائي، ويتمصص دور التجسيد الصحيح لمعنى وروح القاعدة القانونية على ما يلائمها من وقائع قانونية حادثة، من خلال التحقيق المناطبي الخاص الذي يراعي الخصوصية الزمانية والمكانية المشخصة بأفعال معينة وأطراف محددين. وعليه فستتولى في هذا الشق البحثي دراسة الضوابط النازمة للعمل التنزيلي في هاتين المرحلتين الفارقتين، واستجلاء أوجه اختصاص كل منها عن الأخرى من حيث المعايير والجوانب الإجرائية المتبعة فيها لتمثل وإجراء الأحكام على الواقع الحي.

المطلب الأول: الضوابط النازمة للاجتهاد التنزيلي في الصناعة التقنية الأسرية

الفقه الإسلامي صنعة قانونية عظيمة عظمة التراث الشامخ الذي تركه فطاحلة الشرع المسلمون، فهما واستنباطا وصياغة لأصول هذا الدين ومصادره التشريعية، على نحو لا يزال يؤكد صلاحيته للتطبيق وقابليته للديمومة والاستمرارية. ومنه فقد أضحى التقنين الفقهي ضرورة عصرية لا مناص منها، إذا ما أريد لهذه الشريعة أن ترى نور الحياة وتنفس هواء التجسيد. وفي إيصاد هذا الباب أو التقاصر فيه، فتح السبيل واسعا للتقنيات الوضعية لتحكم البلاد الإسلامية كما هو حال أغلبها اليوم، للأسف. وعليه فسندرس في هذا المحور البحثي ماهية هذه الصناعة ومزاياها، ومجالاتها، ومصادرها، والضوابط المنتهضة بتنظيم آلية الاستمداد فيها، وأصولها المنهجية في الصياغة القانونية، لنخلص إلى تقييم سيرها الفعلي في التشريع الأسري الجزائري.

الفرع الأول: ماهية التقنين الفقهي

نتولى في هذا المبحث التطرق إلى الجانب المفاهيمي للتقنين الفقهي من خلال بحث التعريف

¹ - النجار، عبد المجيد: المقننات المنهجية لتطبيق الشريعة في الواقع الإسلامي الراهن، مرجع سابق، ص 41. مونة، عمر: الاجتهاد الاستثنائي وأهميته في تنزيل الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص 89.

الاصطلاحى له ابتداء، ثم نخرج على مكاشفة المزايا والفوائد التي يمكن أن تنفصل عن العمل التقني على المستوى الفردي والجماعي.

أولاً: تعريف التقنين الفقهي

تقتضي منا المنهجية الأكاديمية - في تعريف المصطلحات المركبة - التعريف لمركبات المصطلح كل على حدى استقلالاً، ثم التعريف بالمركب الإضافي، وهو ما سننهجه هنا.

1- التعريف اللغوي للتقنين الفقهي

أ- تعريف التقنين لغة:

التقنين من الجذر قَنَّ بمعنى التدوين¹، وهو وضع مُولد من كلمة القانون، والتي هي ذي أصل سرياني تعني المسطرة أو المقياس².

ب- تعريف الفقه لغة:

الفقه في أصل الوضع يعني الفهم والعلم والفطنة؛ يقال فقه الرجل بالكسر، يفقه فقهاً، فهو فقيه وفقه³. ومنه قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ لابن عباس: «اللهم فقه في الدين»⁴.

2- التعريف الاصطلاحى للتقنين الفقهي

أ- التعريف الاصطلاحى للتقنين:

التقنين بالمعنى الاصطلاحى له معنيان، معنى عام، وآخر خاص: أما المعنى العام (Codex) فهو يطلق على مجرد فعل "التجميع" (Rassembleur) الذي يقوم به المشرع للنصوص القانونية في مدونة أو سفر ضخمة. وأما المعنى الخاص (Codification) فهو الذي يراعى فيه العمل

1 - عبد الحميد، أحمد: معجم اللغة العربية، عالم الكتب، مصر، ط1، 2008، ج 3، ص 1864. الزيات، أحمد وآخرون: المعجم الوسيط، مرجع سابق، ج 2، ص 734.

2 - اعتمد هذا التوليد بناء على إقرار مجمع اللغة العربي بمصر جواز الاشتقاق من أسماء الأعيان والأسماء الجامدة، من غير تقييد بالضرورة، إثراء للغة. ينظر: - عبد الحميد، أحمد: معجم الصواب اللغوي، عالم الكتب، مصر، ط1، 2008، ج 1، ص 610.

3 - الفراهيدي، الخليل: العين، مرجع سابق، ج 3، ص 370. الفارابي: الصحاح، مرجع سابق، ج 6، ص 2243. ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، ج 13، ص 522.

4 - البخاري: صحيح البخاري، مرجع سابق، كتاب الوضوء، باب وضع الماء عند الخلاء، ج 1، ص 41.

الفني الذي يضيفه القائم بالتشريع على عمله، من خلال إعادة الصياغة والترتيب والتقسيم والتمحيص¹. ومن أجدود التعاريف التي حُدد بها مصطلح التقنين القول بأنه: "تشريع يجمع أكثر القواعد القانونية التي تحكم المسائل المتعلقة بفرع معين من فروع القانون في مدونة واحدة، مرتبة ومبوبة بحسب المسائل التي تنظمها، في شكل مواد مختصرة تأتي متسلسلة كالتقنين المدني والتقنين التجاري..."².

ب- التعريف الاصطلاحي للفقهاء:

الفقه في اصطلاح علماء الأصول يعني: "العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية"³

ج- التعريف الاصطلاحي للتقنين الفقهي كمركب إضافي:

حظي مصطلح التقنين الفقهي على جدته بتعريفات عديدة نذكر منها:

-تعريف عبد الرحمن الشثري: "صياغة الأحكام الشرعية في عبارات إلزامية لأجل إلزام القضاة بالحكم به"⁴.

-تعريف عبد المهدي العجلوني: "إلزام الإمام أو من ينيبه ممن هم تحت ولايته العامة بأحكام شرعية تتعلق بموضوع من أفعال المكلفين، مستمدة من نصوص الشريعة ومقاصدها ومبادئها العامة، مدونة في شكل مواد قانونية مرقمة ومرتبة ومبوبة"⁵.

-يوسف القرضاوي: "صياغة أحكام الشريعة الإسلامية الملزمة للناس، وذات الموضوع الواحد، في صورة قواعد عامة مجردة ومرتبة ومرقمة على هيئة المواد القانونية الحديثة، بحيث تكون مرجعا سهلا محمدا، يمكن بيسر أن يتقيد به القضاة، ويرجع إليه المحامون، ويتعامل على أساسه المواطنون"⁶.
ومحصلة هذه الحدود أن الدلالة الاصطلاحية للتقنين الفقهي ينبغي أن تتضمن:
- الصياغة الفنية لأحكام الفقه الإسلامي في شكل قواعد قانونية.

¹ - D. Changnolland et autres: **Dictionnaire Élémentaire Du Droit**, Dalloz, France, 2014, p11. S. Guichard et autres: **Lexique Des Termes Juridiques**, Dalloz, France, ed 121, 2014, p11.

² - العبدلاوي: أسس تقنين الفقه ومنهجيته، مجلة الأكاديمية، المغرب، ع 20، 2003، ص 114.

³ - الزركشي: تشييف المسامع بجمع الجوامع، مرجع سابق، ج 1، ص 130. السبكي: الإبهاج في شرح المنهاج، مرجع سابق، ج 1، ص 28.

⁴ - الشثري، عبد الرحمن: حكم تقنين الشريعة، دار الصميقي، السعودية، ط 1، 2007، ص 15.

⁵ - العجلوني، عبد المهدي: تقنين الأحكام الشرعية وأثره على مكانة النص الشرعي، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، مج 29، ع 98، 2014، ص 440.

⁶ - القرضاوي، يوسف: مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، الرسالة، سوريا، ط 1، 1993، ص 259.

- اعتماد نسق شكلي خاص، وفق تراتيب وتقاسيم محددة.
- تميز القواعد الفقهية للتشريع بالأمر والإلزام، وهو مبلغ الغاية من التقنين.

ثانياً: مزايا تقنين الفقهي الأسري

تترتب على عملية التقنين لأحكام الشرع الإسلامي جملة فوائد ومزايا تتحقق بها مصالح الأفراد والمجتمع، وفيما يلي سرد لبعضها:

1- ضبط الأحكام وتنظيم المسائل

فالمستجدات المتتابة والنوازل المتلاحقة، الناجمة عن تعقد الحياة وتشابك شعبها، بحاجة إلى تنظيم دقيق منضبط بمعايير وأطر موضوعية؛ بحيث يتجنب معها القاضي معمة المحاباة، وتسلب الهوى في انتقاء الأحكام، واختيار القرارات للقضايا المعروضة. مما يضمن تكريس المساواة والعدل بين الناس، وتسريع وتيرة القضاء، وتسهيل النطق بالأحكام في الوقائع التي نبت كثرتها عن كل حصر¹.

2- توحيد الأحكام القضائية وتحقيق التناسق بين القواعد القانونية

تتجسد أهمية التقنين في تحقيق الوحدة للنظام القضائي السائد من خلال توحيد الأحكام القضائية الصادرة عن دوائره ومحاكمه وأقطابه، بإشراف من الدولة يضمن سلامة وصحة تطبيق أحكام الشرع. ويكون مؤدى ذلك كله بتوافر السبب الدقيق، والصياغة المحيطة لأحكام القواعد المقننة. والتي يتمخض عنها الانسجام والتوحد التشريعي على مستوى النظم القانونية المعتمدة، ويثمر بدوره ترابطاً وتماسكاً كبيرين للنسيج الاجتماعي الذي تحكمه تلك النظم².

3- العلم بالأحكام المقننة ويسر مراجعتها

يسهم جمع القواعد والأحكام الفقهية في كتاب واحد في تيسير معرفتها، والإحاطة بمضامينها من طرف أفراد المجتمع، حتى يتحقق الالتزام بها على الوجه الأكمل. ومرد ذلك إلى "مبدأ هو من بديهيات الشرائع الإلهية المصدر أو الوضعية - على حد سواء - هو مبدأ علنية النظام؛ فكل نظام يراد تطبيقه على المكلفين، يجب أن يكون معلناً إليهم بجميع قواعده وأحكامه قبل سريانه عليهم، ونفاذه فيهم. لأن علم المكلف

¹ - دكبر، محمد تهمي: إمكانية تعديل الشريعة، ثبت الملتقى الدولي للفقهاء والقانون، تصورات ومقترحات ومعالجات منهجية، مركز الدراسات الإسلامية لمجلس الشورى الإسلامية، إيران، ط1، 2000، ص 227 و228. عبد العاطي، محمد عبد اللطيف: تقنين الأحكام الشرعية ضرورة عصرية، ثبت ندوة القضاء الشرعي في العصر الحديث، جامعة الشارقة، 1427هـ، ج 30، ص 19.

² - سفر، حسن بن محمد: تقنين أحكام الشريعة في التجربة الإسلامية، المجلة القضائية، السعودية، ع 03، 2011، ص 93 و94. العجلوني، عبد المهدي: تقنين الأحكام الشرعية وأثره على مكانة النص الشرعي، مرجع سابق، ص 447.

بالنظام الذي تطلب منه طاعته شرط لصحة التكليف، وأن تكليفه بطاعة نظام غير مععلن، بل هو في ضمير الحاكم هو تكليف بما لا يطاق، وهو ممتنع شرعاً وعقلاً¹. وفي تحقق الإعلان والإعلام -على الوجه المنظور- إعانة على استقرار القضاء، والرضا بأحكامه، وتطوير الأذهان للانقياد لقراراته. مما ييسر للقاضي تنزيل القانون على أنسب محاله. كما يفيد التنظيم التقني للقواعد الفقهية -ضمن حشد واحد- الباحثين والفقهاء في سهولة الاطلاع عليها، ومعرفة مواضعها، تيسيراً للرجوع إليها وقت الحاجة². وهو الأمر الذي لا يتأتى مع أمهات الكتب الفقهية، بسبب تعقيدات لغتها، وصعوبة أساليبها، فضلاً عن مضامينها التي تتماوجها كثرة الاختلافات، والآراء والأقوال في المذهب الواحد، فكيف بباقي المذاهب؟؟³

4- التقنين ضماناً لتطبيق الشريعة

إن من شأن معالجة أحكام الشرع بالصياغة التقنينية الحديثة أن يُسهّم في تيسير حمل الناس على الالتزام بها، والاحتكام إليها. وهو أمر يدرأ ذريعة اقتباس القوانين الأجنبية، والاعتراف من التشريعات الغربية، التي لا تتواءم مع الخصوصية القيمية التي تطبع المجتمعات المسلمة⁴.

الفرع الثاني مجالات التقنين الفقهي الأسري وضوابطه

لقد أضحى التقنين ضرورة ماسّة من ضرورات هذا العصر الذي يتموج بالتقلبات والحوادث الطارئة. ولما كان هذا النمط التنظيمي لشؤون الحياة هو السبيل الأمثل لتجسيد قيمية الشريعة على الروابط الإنسانية والعلاقات الاجتماعية تعيّن لزاماً علينا بحث مناحي هذا التطبيق، ومصادر الاستمداد فيه، مع الكشف عن الأطر المنهجية الواجبة الاتباع ليصح الانقياد لأحكام الشرع، ويتكرس التنزيل الفعلي لقواعده على حياة الناس.

أولاً: مجالات التقنين الفقهي الأسري

سننولى هنا بحث الأسس التي يقوم عليها التقنين من حيث ضبط مجالاته، وتحديد نطاقه الذي يجب أن يحوزه، ومصدر الاستمداد الذي يستقي منه قواعده التنظيمية لشؤون المجتمع في الفروع التالية:

¹ - الزرقا، مصطفى: المدخل الفقهي العام، دار القلم، سوريا، ط1، 1998، ص 314 و315.

² - العبدلاوي: أسس تقنين الفقه ومنهجيته، مرجع سابق، ص 116. ذكير، محمد تلامي: إمكانية تبديل الشريعة، مرجع سابق، ص 226.

³ - عبد العاطي، محمد عبد اللطيف: تقنين الأحكام الشرعية ضرورة عصرية، مرجع سابق، ج 30، ص 19. الجبوري، عبد الله: تقنين الشريعة الإسلامية وصلته بتطبيقها في القضاء الشرعي، ثبت ندوة القضاء الشرعي، 1427هـ، ص 02. العجلوني، عبد المهدي: تقنين الأحكام الشرعية وأثره على مكانة النص الشرعي، مرجع سابق، ص 446. يراجع:

تاريخ الاطلاع 2015/05/31. <http://www.saaaid.net/book/open.php?cat=96&book=3904>.

⁴ - العبدلاوي: أسس تقنين الفقه ومنهجيته، مرجع سابق، ص 126.

1 - نطاق التقنين الفقهي الأسري

يقسم العلماء الأحكام الشرعية إلى أقسام ثلاث هي¹:

أ- الأحكام الاعتقادية:

وهي التي يكون متعلقها التصديق الجازم بأركان الإيمان وغيبياته.

ب- الأحكام الخلقية:

وهي التي تنظم آداب السلوك البشري من خلال بيان الفضائل واجبة التحلي، وإبراز الرذائل واجبة التحلي.

ج- الأحكام العملية:

وهي التي تتعلق بأفعال المكلفين من عبادات ومعاملات وأقضية، وهي التي يصطلح عليها بـ "الفقه". وهذا النوع الأخير - فيما عدا العبادات منه² - هو المجال المقصود بالتقنين؛ عبر إخضاعه، وتطويره لقوالب الصنعة التشريعية³. وسبب ارتباط التنظيم التقني به هو تعلقه المباشر بتنظيم الحياة البشرية، وارتباطه الوطيد بالعلاقات الإنسانية والاجتماعية. والتي تستدعي التنظيم والتأطير المتواصل والمستمر، من أجل تكريس عدالة الإسلام، وتجسيد قيمه السمحة بين أفراد المجتمع الواحد.

ثانيا: مصدر التقنين الفقهي الأسري

الفقه الإسلامي مكون تشريعي ضخم، يضم مذاهبا متعددة، وآراء فارعة ممتدة. وعليه فإن أي اتجاه نحو تطبيق الشريعة الإسلامية ينبغي أن يتخذ من هذا التراث العظيم متكأه الأول، ومركزه الأساس في ذلك⁴. غير أن هذا الاتكاء، وذاك الارتكاز في الاستمداد لم يكن منهجه محل اتفاق بين العلماء؛ إذ انقسمت فيه الرؤى إلى مذهبين اثنين هما:

1- فريق يرى عرض القواعد القانونية الوضعية الحديثة على الفقه، فما اختلف منها أخذ به، واعتبر "إسلاميا". وما تصادم منه، اعتبر مخالفا للشريعة، ومراغما لأحكامها. والباعث على هذا المنحى التقني

1 - خلاف، عبد الوهاب: علم أصول الفقه، مطبعة المدني، مصر، د.ط، د.ت، ص 228.

2 - قد تمتد دائرة التقنين فيما وراء الأحكام المعاملاتية، سواء أكانت مالية أم شخصية، بأن تمس طرف من الشق التعدي أو الأدبي للشريعة، غير أنه يبقى هذا الامتداد محصورا في العادة بدائرة الحفاظ على النظام العام والآداب العامة.

3 - عبد البر، محمد زكي: تقنين قواعد الفقه الإسلامي، مجلة القضاء المدني، المغرب، سنة 04، ع 07، 2013، ص 42. ذكي، محمد تحامي: إمكانية تبديل الشريعة، مرجع سابق، ص 233.

4 - عبد العزيز، محمد كمال: تقنين الشريعة الإسلامية، مجلة الحمامة، مصر، سنة 68، سبتمبر وأكتوبر، 1988، ص 46.

لدى البعض هو التعجيل في إنتاج التقنين الفقهي، والإسراع في استصداره. وعلى هذا النهج سارت أغلب مشاريع التقنينات العربية للشريعة الإسلامية في الجانب المدني والجنائي، وبهذا الوفاق أخذت بعض لجان تقنين الشريعة الإسلامية بمجلس الشعب المصري؛ حيث كان يقتضي منهج عملها عرض التقنينات الوضعية، ومقايستها بأحكام الشريعة الإسلامية اتفاقاً واختلافاً. وقد خلصت اللجنة الفرعية المنبثقة عن لجنة التقاضي في نظرها لقواعد الأحكام، وطرق الطعن، والتنفيذ الجبري إلى أن: مواد قانون المرافعات المنظمة لهذه القواعد -هي في مجموعها- غير مخالفة للشريعة الإسلامية، وذلك استناداً إلى المصالح المرسلة¹.

2- فريق يرى الاعتماد الخالص على الفقه الإسلامي، والانطلاق في الاستمداد منه، والصدور عنه ابتداءً. غير أن أصحاب هذا المذهب اختلفوا بشأن نطاق الاستمداد الفقهي إلى رأيين:

- فرأى يذهب إلى التزام مذهب واحد في استقاء القواعد القانونية، وإن تعددت رواياته وأقواله أخذ بأصحها دليلاً، وأرجحها قوة، وأفصحها مصلحة.

- ورأى ينحو إلى استمداد تقنين الفقه من جميع الآراء الاجتهادية للأئمة والفقهاء المعترين، سواء أكانوا أصحاب مذاهب أم لا².

وعلى هذا المقتضى، سارت أغلب لجان تقنين الأحوال الشخصية في البلدان العربية، وبه أخذت اللجنة العليا المنبثقة عن الأزهر الشريف في تقنينها للمذاهب الأربعة، وانتهجه القاري في تصويره لمواد مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد³.

وإذا كنا لا نتفق مع هذا الرأي ولا ذلك، لاعتبارات عدة، فإنه ينبغي أن يكون واضحاً للأذهان أن تقنين الشريعة، وتحكيمها على واقع الناس اليوم يتطلب من القائمين على العمل التشريعي استنهاض همم العلماء والفقهاء المعاصرين لاستئناف الفعل الاجتهادي الذي قام عليه فقه الأسلاف. فهو وحده منجى الخلاص في كفاية الحاجة الملحة للتنظيم الاجتماعي، وحكم العلاقات الفردية، وتسيير أمور الحياة. ولا يتحقق ذلك إلا من خلال ضابطين اثنين، تتولى بالدراسة آليتهما ومعياريتهما في البندين المواليين⁴.

1 - ينظر: ثبت تقنين الشريعة الإسلامية في مجلس الشعب، إدارة الصحافة والنشر، مصر، 1983، ص 86 وما بعدها. عبد البر، محمد زكي: تقنين قواعد الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 43.

2 - الزرقا، مصطفى: المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص 313. العبدلوي، إدريس: أسس تقنين الفقه ومنهجيته، مرجع سابق، ص 126. الجبوري، عبد الله: تقنين الشريعة الإسلامية وصلته بتطبيقها في القضاء الشرعي، مرجع سابق، ص 14.

3 - القاري، أحمد بن عبد الله: مجلة الأحكام الشرعية، مطبوعات تامة، السعودية، ط 3، 2005م.

4 - عبد العزيز، محمد كمال: تقنين الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 46.

1- آلية الاستمداد الفقهي في الصناعة التقنية الأسرية:

أ- الاجتهاد الإنشائي:

عرف يوسف القرضاوي الإنشاء في الاجتهاد بأنه "استنباط حكم جديد في مسألة من المسائل، لم يقل به أحد من السابقين، سواء كانت المسألة قديمة أم جديدة"¹.

واعترض على هذا الحد بعدم مانعيته من دخول غيره فيه، بسبب عدم تقييد الحكم المستنبط فيه من دخول المنهج الانتقائي على أجزائه، وحسما لذلك عارف حسونة بأنه:

"استنباط حكم في المسألة، ليس هو قول أحد سبق، ولا بعضه، ولا مركبا، سواء كانت المسألة قديمة أم حديثة"².

ومنه فالمنهج الإنشائي في النظر الاجتهادي يتصور في المسائل الجديدة كما يتصور في المسائل القديمة التي سبق بحثها؛ بأن يستجد فيها المجتهد رأيا جديدا يضاف إلى ما سبقه من آراء بخصوص جزئية بعينها. ورجح القرضاوي جواز استحداث أقوال جديدة في المسائل المختلف فيها، وعدم الحجر فيما فيه سعة³، وفي ذلك يقول "والقول الصحيح الذي نرجحه أن المسألة الاجتهادية التي اختلف فيها الفقهاء السابقون على قولين، يجوز للمجتهد فيما بعد أن يحدث قولاً ثالثاً، وإذا اختلفوا على ثلاثة أقوال يجوز أن يحدث رابعاً وهلمّ جرا"⁴.

ومن أمثلة ذلك اختلاف الصحابة رضي الله عنهم بشأن تحريم الزوج زوجته بالقول: "أنت علي حرام"، فقد ثبت

1- القرضاوي: الاجتهاد في الشريعة، مرجع سابق، ص 126.

2- حسونة، عارف: مناهج الاجتهاد، مرجع سابق، ص 397.

3- اختلف الأصوليون بشأن مسألة إنشاء قول جديد في المسائل التي استقر فيها الخلاف، على ثلاثة أقوال:

- القول المجيز مطلقا: وهو رأي بعض الحنفية، والظاهرية، وبعض المتكلمين، وهو إحدى روايات أحمد.

- القول المانع مطلقا: وهو رأي جمهرة من العلماء.

- القول المفصل: فإن لزم من الرأي الجديد رفع ما اتفقت عليه باقي الأقوال لم يجز الاستحداث، وإن لم يلزم ذلك جاز الإحداث، وضح العمل به،

وهو مذهب الرازي، والآمدني، وابن الحاجب، والبيضاوي، وابن العربي، وهو مروى عن الشافعي. يراجع: الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه،

مرجع سابق، ج 6، ص 521. ابن تيمية: المسودة في أصول الفقه، مرجع سابق، ص 326. ابن قدامة المقدسي: روضة الناظر، مرجع سابق، ج

1، ص 430. ابن العربي، المحصول، مرجع سابق، ص 123. المروزي: قواطع الأدلة في الأصول، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1،

1999م، ج 1، ص 488. الشيرازي: اللمع في أصول الفقه، مرجع سابق، ص 93. ابن الفراء: العدة في أصول الفقه، دن، د.م، ط1،

1990م، ج 4، ص 1113، الرازي: المحصول، مرجع سابق، ج 4، ص 127. الآمدي: الإحكام، مرجع سابق، ج 1، ص 268. الأصفهاني:

بيان المختصر، مرجع سابق، ج 1، ص 587.

4- القرضاوي: الاجتهاد في الشريعة، مرجع سابق، ص 126.

الخلاف فيها على ستة أوجه. وأحدث مسروق- وهو تابعي- قولاً سابغاً¹، مفاده اعتبار هذا الكلام من قبيل اللغو، الذي لا يرتبط به حكم².

بيد أن الإنشاء في النظر أكثر ما يكون في المسائل المستجدة، والنوازل الحادثة، التي لم تعهدها أزمنة السابقين، أو لم يشغلهم حكمها لعدم معاناة شدتها. ومن نماذج ذلك في هذا العصر ما يروج من قضايا الأسرة النازلة كالبصمة الوراثية، وبنوك الحليب، والاستنساخ، وشتل الأجنة، وزراعة الأعضاء التناسلية، وغيرها من القضايا التي سنأتي على أشهر صورها في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

ب- الاجتهاد الانتقائي:

- تعريف الاجتهاد الانتقائي:

عرفه القرضاوي بأنه: "اختيار أحد الآراء المنقولة في تراثنا الفقهي العريض للفتوى أو القضاء، ترجيحاً له على غيره من الآراء والأقوال الأخرى"³.

وحدّه وهبة الزحيلي بأنه: "اختيار رأي معين بدليل رجح من بين الآراء المنقولة عن الأئمة الأعلام، في ضوء ما يحقق المصلحة المناسبة في كل عصر وزمان"⁴.

ويتفق التعريفان على أن هذا المنحى المستجد في الفعل الاجتهادي الترجيحي⁵، لا يتأتى من مجرد النقل والاصطفاء، فهو محض تقليد، بل إنه يتأسس في ذلك على الموازنة الدقيقة لأدلة الأقوال، وحجية الآراء وفق معايير الترجيح المعهودة في أصول الفقه، مع مراعات قوة المصلحة وشدّة المناسبة لتلك الأحكام، عند إرادة تنزيلها على ما يليق بها من الوقائع المستجدة، والنوازل الطارئة.

- المؤثرات العصرية في الانتقاء:

الاجتهاد الانتقائي منهج حديث اقتضته الظروف المستجدات والحاجة الحادثة بحسب سنة التطور والتجدد، ولذلك فإنه يختص برعي جملة من العوامل والمعايير التي لها عليه أبلغ الأثر في عملية الاصطفاء

¹ - ذكر ابن القيم أن خلاف العلماء بشأن مسألة التحريم فيه عشرين مذاهباً، ينظر: ابن القيم: زاد المعاد، مرجع سابق، ج 5، ص 276 وما بعدها.

² - ابن عقيل، أبو الوفاء: الواضح في أصول الفقه، مرجع سابق، ج 5، ص 165. ابن الفراء: العدة في أصول الفقه، مرجع سابق، ج 4، ص 1115. الأمدى: الأحكام، مرجع سابق، ج 1، ص 271.

³ - القرضاوي: الاجتهاد في الشريعة، مرجع سابق، ص 115.

⁴ - الزحيلي، وهبة: الاجتهاد في عصرنا هذا من حيث النظرية التطبيقية، مجلة دراسات العالم الإسلامي، ع 4، مارس 2011، ص 01.

⁵ - حسونة، عارف: مناهج الاجتهاد، مرجع سابق، ص 389 و 394.

والترجيح¹، وهي كثيرة، وفيما يلي بيانها:²

1- التغيرات الطارئة على الحياة المعاصرة:

يخجل العصر الحالي بتغيرات هائلة في شعب الحياة المختلفة، ومستوياتها المتعددة. فقد طالت الأوضاع السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية على صعيديها المحلي والعالمي، وهذا ما يجعل من الضرورة مواكبة هذا التطور، ومراعات سنة التغيير الحاصل للأوضاع النازلة، في انتقاء الأحكام والآراء المناسبة لها، وإن كانت مرجوحة أو مهجورة في زمن من اعترت إليه عملا بقاعدة تغيير الأحكام بتغيير الزمان والمكان³. بسبب تأثيرها على تشكيل تلك الأحكام وصناعة الرأي الشرعي فيها.

فمراجعة النظر هنا أمر شرعي حتم ولازم، ينبغي معه عدم الجمود على الموروث، واجتراره دون تبصر ووعي، تفاديا للوقوع في هنة العنت ومفسدة الضرر⁴. ويجد هذا المؤثر نموذج - كمثال - في المتغيرات الحاصلة بشأن مسألة ولاية الإجماع للبكر الراشدة على الزواج، فمذهب الجمهور على أن للأب أن يجبر من في ولايته من بناته الأبناء على المباشرة والنكاح من غير أخذ إذن، ومستندهم في ذلك أنه أبصر بمضامير الصلاح في الرجال، ووفور شفقتهم حاملة له على مراعات مصلحتهم، فهو غير مهتم في ذلك. وقد كان ذلك الرأي معقولا في زمن السلف الذي لم يكن للفتاة فيه أن تدرى عن مخاطبها شيئا - قبل الدخول -، إلا ما يُعلمها به وليها، أو خاصة أهلها. بيد أن ما استجد فيه من أحوال هذا العصر، وما طرأ عليه من ظروف، أمكن للمرأة معها أن تخرج إلى المدرسة، والجامعة، وإلى العمل، وأن تتطلع - بالتالي - على الكثير من شؤون الحياة، وتُخبر بأوضاع المجتمع، وتقف على التنوع الاجتماعي الذي يطبع أفراده على اختلاف معارفهم وأجناسهم وأعرافهم وأعرافهم، كل ذلك يضطر النظر الفقهي المعاصر إلى إعادة المراجعة، ويستحثه إلى الأخذ بمذهب الأوزاعي، والثوري، وأبي عبيد، وأبي ثور، وأحمد في رواية له، وغيرهم القائلين بوجوب استئذان البكر. وهو ما رجحه ابن تيمية، وهو الرأي الذي تشهد به ظواهر النصوص الصحيحة ففي حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن»⁵، وقد قطعت الأدلة بردّ نكاح من زوجها ووليها من غير إذن¹، فضلا عن مخالفة هذا الإجماع لأصول المعقول، الذي لا يسوّغ للولي إجبارها على بيع، أو إجارة، أو طعام، أو لباس، فكيف يكرهها

¹ - الزحيلي، وهبة: الاجتهاد في عصرنا هذا من حيث النظرية التطبيقية، مرجع سابق، ص 01.

² - القرضاوي: الاجتهاد في الشريعة، مرجع سابق، ص 120.

³ - حسونة، عارف: مناهج الاجتهاد، مرجع سابق، ص 407.

⁴ - رازي، دليّة: الاجتهاد الانتقائي، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، الجزائر، 2014، ص 145 وما بعدها.

⁵ - البخاري: صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر إلا برضاها، ج 7، ص 17.

على مباحضة ومعاشرة من تكره؟²

وبذا أخذ المشرع الجزائري في تقنينه لأحكام الأحوال الشخصية؛ إذ كانت تنص المادة 13 قبل التعديل الأخير بموجب 05-02 على أنه: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها". وقد أكد هذا المعنى بعد التعديل بالنص صراحة في تعديله للمادة السالفة عبر التأكيد على أنه ليس للولي إجبار القاصر التي في ولايته على النكاح. أما الراشدة فتحكم حالتها المادة الرابعة من قانون الأسرة التي تؤكد هي الأخرى - من باب أولى - على رضائية الزواج باعتباره ركنه الأوحد بحسب المادة 9 المعدلة.

2- المعارف والعلوم العصرية :

للتطور المعرفي أثر ظاهر على العمل الاجتهادي الانتقائي؛ إذ أن العلوم والمعارف الحاصلة في هذا الزمن، والتي لم تتوافر لأسلافنا القدامى قد بلغت من الدقة والاتساع القدر الذي أبان عن خطأ بعض الآراء الفقهية التي كان مبتناها على غالب التخمين والظن، ومعتاد العرف³.

ومن ذلك مسألة أكثر مدة الحمل التي اختلفت فيها أقوال العلماء، فهي عند الحنفية وفي رأي الحنابلة أنها سنتان⁴، وعند الشافعية والحنابلة أربع سنوات⁵، وأوصلها المالكية إلى خمس سنوات⁶، استنادا إلى شهادة النساء في ذلك الوقت. وهي آراء تمجها الملاحظة والاستقراء العلميين اللذين أمكنا - بفضل التطور العلمي في مجال الطب - من تحديد زمن الإخصاب، واحتساب عمر الجنين، وتوقع تاريخ الوضع بدقة، وهذا ما يجعل الفقهاء اليوم على يقين من وجوب ترجيح الرأي القائل من أن مدة الحمل هي تسعة أشهر

1 - الأحاديث في ذلك كثيرة؛ من ذلك ما رواه أحمد عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت جاءت فتاة إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله، إن أبي زوجني ابن أخيه يرفع بي خسيسته، "فجعل الأمر إليها"، قالت: فإني قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن تعلم النساء أن ليس للأباء من الأمر شيء". أحمد: مسند أحمد، مرجع سابق، مسند الصديقة عائشة رضي الله عنها، ج 41، ص 492.

2 ابن تيمية: مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج 32، ص 25.

3 - القرضاوي: الاجتهاد في الشريعة، مرجع سابق، ص 123 و 124.

4 - الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 2، ص 211. المرغيناني: الهداية في شرح البداية، دار احياء التراث العربي، لبنان، د.ط، د.ت، ج 2، ص 281. ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ص 121. ابن تيمية، أبو البركات: المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة المعارف، السعودية، ط 2، 1984م، ج 2، ص 104.

5- الماوردي: الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج 11، ص 205. الغزالي، أبو حامد: الوسيط في المذهب، دار السلام، مصر، ط 1، 1417هـ، ج 6، ص 133. الكلذاني، أبو الخطاب: الهداية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، السعودية، ط 1، 2004م، ص 483، ابن قدامة، أبو محمد: الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1994م، ج 2، ص 316.

6- ابن أنس، مالك: المدونة، مرجع سابق، ج 2، ص 24.

على رأي الظاهرية، أو عشرة أشهر احتياطاً للنسب على رأي المذهب الجعفري¹، أو سنة قمرية على رأي بن الحكم².

ومنه فقد استقر رأي المقنن الجزائري في تنظيمه لمدة أقصى الحمل على الأخذ بالرأي القائل من أن أطول أمد الحمل هو عشرة أشهر وفي ذلك تنص المادة 42 من قانون الأسرة على أن: "أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر"، وهو ما كرسه الاجتهاد القضائي في قرارات عديدة للمحكمة العليا؛ من ذلك ما جاء في منطوق القرار رقم 57756: "أنه من المقرر أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، وأقصاها عشرة أشهر، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقاً للقانون"³.

3 - ضرورات العصر وحاجاته:

تقتضي ضرورات العصر الطارئة، ومتطلباته المتشعبة، أن تراعى أثناء النظر الانتقائي الذي يؤديه المشرع المعاصر بحيث يصطفي من الأقوال والأحكام ما يستجمع سمات التيسير والتخفيف، وفق مقتضيات الواقع الراهن فإن "المطلوب منه رعاية الضرورات، والأعذار والحالات الاستثنائية، عملاً بالتوجيه القرآني ﴿اللَّهُ بِكُمْ أَلْسِرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾"⁴، والتوجيه النبوي "يسروا ولا تعسروا"⁵.

ومن صور هذه الضرورات، ما اختلف فيه العلماء بشأن الأجل الذي يضرب قبل التفريق بين المفقود وزوجته، فحدّه الحنفية في رواية بن الحسن بمائة وعشرين سنة⁷، وجعله المالكية أربعة سنين فيمن غاب في بلاد الإسلام، أما إن كان الفقد في أرض الشرك والكفر، فزوجته في حكم زوجة الأسير تمكث مدة التعمير (سبعين سنة) إن دامت نفقتها، وإلا فلها التطبيق لعدم النفقة؛ وإن كان الفقد لقتال بين مسلمين وكفار فصحيح الرواية في المذهب أنها تعتد بعد سنة من النظر والتفتيش⁸.

1- العاملي: محمد بن جمال، والعاملي، زين الدين الجيعي: الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، مؤسسة الأعلمي، لبنان، ط1 د.ت، ج 5، ص 432.

2- ابن عبد البر: الاستذكار، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 2000م، ج 7، ص 170.

3- قرار المحكمة العليا رقم: 57756، الصادر بتاريخ 1990/01/22، المجلة القضائية، 1992، ع 2، ص 71.

4- [سورة البقرة: الآية 185]

5- البخاري، صحيح البخاري، مرجع سابق، كتاب العلم، باب ما كان النبي ﷺ يتعاهدهم بالموعظة والعلم كي لا ينفروا، ج 1، ص 25.

6- القرضاوي: الاجتهاد في الشريعة، مرجع سابق، ص 126.

7- العيني، بدر الدين: البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 2000م، ج 5، ص 593. ابن الشحنة، أحمد: لسان الحكام، البابي الحلبي، مصر، ط1، 1973، ص 434.

8- ابن غازي، أبو عبد الله: شفاء الغليل في حل مقفل خليل، تحقيق، أحمد نجيب، مركز نجيبية للمحفوظات وخدمة التراث، مصر، ط1، 2008، ج 1، ص 566. المواق، أبو عبد الله: التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1994م، ج 5، ص 495 وما بعدها.

أما الحنابلة فيرون أن المفقود الذي ظاهر غيبته السلامة فلا تزول الزوجية بينه وبين امرأته حتى يثبت موته، أو يبلغ التسعين سنة في رواية عن أحمد. وإن كانت غيبته ظاهرها الهلاك فالظاهر في المذهب أن امرأته تتربص أربع سنوات ثم تعدد عدة الوفاة¹.

ومنه فالمتعين على مجتهد العصر وهو ينظر هذه المسألة أن يراعي في اصطفاؤه ما يدفع العنت، وغائلة الحرج عن المرأة المسكينة، التي لا شك أن إبقائها على عصمة زوج مفقود، تغلب على الظن موته، أو القضاء عليها بتربص مئة وعشرين، أو التسعين، أو السبعين سنة هو عين العنت والحرج والضيق المطلوب رفعه وإزالته شرعاً، سيما مع تطور وسائل الاتصال الحديثة، وسرعتها في طلب المفقود والتحري عنه، والبحث في حاله، ومكان تواجده. وهذا ما جعل المشرع الجزائري يصطفي من هذه الأقوال مذهب عمر ابن الخطاب في ضرب السنين الأربع²، وفي ذلك تنص المادة 113 بأنه: "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية، بمضي أربع سنوات بعد التحري في الحالات التي تغلب فيها السلامة، يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة، بعد مضي أربع سنوات"، والأليق من هذا الانتقاء أن تقصر هذه المدة بما يتناسب والإمكانات الاتصالية التي يتيحها العصر الراهن في الجزم بموت، أو حياة المفقود في خلال مدد أقصر من ذلك بكثير، مع مراعات حق المفقود والاحتياط لحرمة ماله وعرضه.

ج- الاجتهاد الانتقائي الإنشائي:

من أوجه الاجتهاد الجديدة التي يحسن توظيفها في الصنعة التقنية، نوع نظر يجمع بين الانتقاء والإنشاء؛ فهو - من جهة - يصطفي من مجموع آراء وأقوال السابقين من العلماء القدامى والمعاصرين، ما يكون الأوفق والأرجح والأقوم بمصالح الناس وشؤونهم، ويشفعه بعناصر اجتهادية جديدة، لتكون في مجموعها رأياً كلياً مستحدثاً في المسألة المنظورة، وهذا ما يسميه فرج السنهوري بالتلفيق في التشريع، وهو غير التلفيق القادح الذي يمنعه جمهور الفقهاء، بسبب ابتناؤه على سند شرعي تقتضيه السياسة الشرعية التي تخول لأولي الأمر وجوب الطاعة فيما يأمر به من صالح الرعية³.

ويجد هذا اللون من الاجتهاد مثاله في تقنين الوصية الواجبة التي استخدمها القانون المصري منذ 14

¹ ابن الفراء، أبو علي: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين، مكتبة المعارف، السعودية، ط 1، 1985م، ج 2، ص 222، ابن تيمية، أبو البركات: المحرر في الفقه على مذهب أحمد ابن حنبل، مكتبة المعارف، السعودية، ط 2، 1984م، ج 2، ص 106.

² ابن انس، مالك: الموطأ، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب ما جاء في عدة التي تفقد زوجها، ج 4، ص 828.

³ السنهوري، فرج: التلفيق بين أحكام المذاهب، مجلة الأزهر، مصر، خاص بالمؤتمر الأول لمجمع البحوث الفقهية، ج 09، سنة 35، افريل 1964، ص 957.

جوان، 1946 وتابعه في ذلك المشرع الجزائري من خلال تنظيم التنزيل في المواد 169 إلى 172¹. وملخص فحوى هذا النظام القانوني المستحدث - من وجهة نظر تشريعية جزائرية - وجوب تنزيل فرع الولد الذي يتوفى في حياة أصله بالشرائط التالية:²

- أسهم الأحماد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا على ألا يتجاوز ذلك ثلث التركة (م 170)
- لا يستحق هؤلاء الأحماد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل جدا أو جدة، أو كان قد أوصى لهم، أو أعطاهم في حياته، بلا عوض، مقدار ما يستحق لهذه الوصية. فإن أوصى لهم أو لأحدهم بأقل من ذلك وجب التنزيل بمقدار ما يتم به نصيبهم، أو نصيب أحدهم من التركة (م 171).
- ألا يكون الأحماد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم مالا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه (م 172)، وتحدد الأنصبة في التنزيل وفق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين .

فهذا الرأي التشريعي يجمع بين النهج الانتقائي والإنشائي في تركيبه؛ فهو مستقر - في جزئه - من نظر فقهي سابق، وأضاف له المشرع زيادات وشرائط جديدة، اقتضتها مصلحة الأحماد الذين اجتمع لهم مع الحرمان من الرعاية الأبوية، الحرمان من مورد رزق يقاتون منه، لموت أصلهم، والحال أنه ربما يكون قد ساهم في تكوين تركة جدهم بنصيب ملحوظ³.

فهذا النظام القانوني من جهة الانتقاء مستند إلى رأي بعض السلف في القول بوجوب الوصية لغير الوارث من الأقربين؛ وهو مذهب داوود، ومسروق، وطاوس، وإياس، وقتادة، وابن جرير، وابن حزم⁴، و مستندهم في ذلك قوله ﷺ: «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة»⁵.

وفي ذلك يقول ابن حزم: " وفرض على كل مسلم أن يوصي لقرابته الذين لا يرثون، إما لرق وإما لأن هناك من يحجبهم عن الميراث، أو لأنهم لا يرثون فيوصي لهم، مما طابت به نفسه، لا حد في ذلك... " ⁶ وأما مظهر الإنشاء في الوصية الواجبة، فيتجلى من خلال النص على الشرائط التي ضبط بها المشرع هذا النظام القانوني المبتكر؛ من حيث تحديد مقدار الوصية، وحصص الاستفادة منها في الأحماد من أولاد

1- المصري، مبروك: الوصية الواجبة" التنزيل"، دراسة تأصيلية، مجلة المعيار، كلية أصول الدين والشريعة، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، ع 09، جويلية 2004، ص 417.

2 - سيأتي مزيد التفصيل في مسألة التنزيل في الفصل الثاني، فلتنظر في موضعها.

3- الزحيلي، وهبة: الفقه الإسلامي، دار الفكر، سوربة، ط4، دت، ج10، ص 7564.

4- ابن حزم: المحلى بالآثار، مرجع سابق، ج8، ص 353 و 354. الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، الكويت، ط2، 1427هـ، ج49، ص 226. ساعي، محمد نعيم: موسوعة مسائل الجمهور في الفقه الإسلامي، دار العلم، مصر، ط2، 2007، ج 2، ص 613.

5- مسلم: صحيح مسلم، مرجع سابق، كتاب الوصية، ج 3، ص 1249.

6- ابن حزم: المحلى بالآثار، مرجع سابق، ج8، ص 353.

الظهور أو البطون، وفق الضوابط المنصوصة بقانون الأسرة على ما سيأتي بيانه.

2-ضوابط الاستمداد الفقهي في الصنعة التقنية للفقهاء الأسري:

تقوم عملية الاستمداد في الصناعة الفقهية على ركيزتين جوهريتين هما:

أ-الركيزة الأولى:

يتعلق الضابط الأول في التقنين الفقهي بالقراءة الفاحصة، والمقارنة الواعية للتراث الفقهي الموروث، للكشف عن سرّ وقوة صناعته التشريعية، والتي مكنته من الإحاطة بدقائق جزئيات الوقائع التي حكمها، ومنحته القدرة على مطاوعة مختلف الأعصار والأزمان، والتكيف مع متباين الأمكنة والبلدان لتخلص هذه المكاشفة الجادة إلى فهم أعمق للأسس العامة، والأساليب المبتكرة فيه. وتصور أوثق لمواطن القصور، والعجز التي قعدت به دون استكمال بنائته المتسقة في استجلاء الحلول للنوازل الحادثة، والمستجدات المتتابعة.

ب-الركيزة الثانية:

بينما يستوجب الأمر الثاني إحياء الفعل الاجتهادي وتجديده، في صياغة حديثة تراعي الأصول الشرعية المنتظمة بنصوص الكتاب، وصحيح السنة، وصريح الإجماع، ومحكم القياس. مع مكابدة التطوير في أساليب استخلاص الحلول الجزئية من القواعد الكلية، والابتداع والابتكار في صياغة أصولها الناظمة، وتقعيد ضوابطها الحاكمة. وذلك وحده الكفيل بوصل حلقات الفقه الحاضر بنظيره الأثري، في بناء متسق ونظام متحد، يفضي إلى تماثل الحلول للمشاكل المعاصرة، فيما لو كتب لفقهاء السلف التواصل والاستمرار. كما أن هذا الإحياء مغنٍ للمشرعين عن بحث قضية الاستمداد التقني من هذا المذهب أو ذاك. فضلا عن أنه يقي الصياغة التشريعية إشكال استنساخ الحلول الفقهية المذهبية لقضايا معاصرة قد لا تتفق معها من حيث الظروف، والملايسات المحيطة. مما يجعل التشريع مصدر إضرار بمصالح الناس، ومورد إخلال بمقاصدهم، من حيث أراد لهم النفع. ولا يعني هذا الكلام البتة إلغاء الجهد الفقهي العظيم لتراث السلف، والتهوين من قدره. فقد أسلفنا إلى أنه يجب أن يكون منطلق التجديد باعتباره مقتضى جوهريا في فهم منهجية تطبيق الشريعة وتقنينها لإعادة بعث العمل الاجتهادي الذي يجسد هذا التطبيق، ويكرس ذاك التقنين وفق الأصول والقواعد المعتمدة. وقد يكون من صور هذا التجسيد الاستمداد من فقه أئمة المذاهب، وأعلام الشريعة. على أن يكون الموصل إليه هو النظر الاجتهادي نفسه، لا مجرد الاستناد إلى مبدأ النقل، والتزامه كنهج تشريعي.

الفرع الثالث: ضوابط الصياغة التقنية الأسرية

تقوم الصنعة التقنية على مجموعة من المعايير الدقيقة التي يجب مراعاتها لضبط العمل التشريعي، وصياغته على النحو الذي يضمن إفادته في الأخير للغايات التشريعية المرادة من طرف المشرع، من خلال تلاؤمه مع الأوضاع الواقعية المقررة له، وهي تتلخص في:

أولاً: تبويب التقنين الأسري

نعني بالتبويب هنا العملية الفنية التي تركز على هيكلية الأفكار حسب خواصها، وتصنيفها على أساس منهجي مدروس، وفق تراتيب مضبوطة. والغاية من هذا التخطيط الذي ينتهجه المشرع هي تيسير الإدراك الجملي

لعناصر الموضوع، والإحاطة الواعية لمعاني أفراده المنظومة في عقد هذه الهيكلية¹. وإذا كانت الحاجة إلى النظام في التقنين ملحة، فإن التبويب ضابط فاعل في تكريس هذا الشرط، وتجسيده أثناء الصياغة القانونية. ويقدر الفقيه السويسري هوبر (E.Huber)² أن الوضوح في البنائية التقنية يسهم كثيرا في تبسيط النص القانوني، ويحسن من درجة بيانه، وييسر فهمه من طرف القاضي والمتقاضي معا³. غير أنه لا بد من الإشارة إلى أن التراتيب التشريعية المرجوة لصياغة الفقه في قوالب، غير التقاسيم المعتمدة في كتب الفقه لأن مشارطات التقنين ومقتضياته ينبغي أن تتمايز عن مقتضيات البحث الفقهي أبلغ التمايز لاختلاف الطبيعة والغاية في كل منهما⁴.

وعليه فلا بد للمشرع أن يلحظ في تخطيط التقنين للفقه أمران اثنان هما:

1- أن يكون التبويب منطقيًا، بحيث يتجسد به الانسجام التام بين وحداته، ويظهر الارتباط والإحكام بين أجزائه ومحاوره، وفق ترتيب ممنهج، وتصنيف سلس ومنظم للأفكار المراد تقنينها؛ فيبدأ بمقدمات الزواج وتعريف الخطبة وبيان أحكامه، لينطلق بعده في بيان أركان وشروط العقد، ثم وصف الإشكال القانونية لتسجيله وإثباته، ثم طرق انحلاله، فأثار الزواج والطلاق... وهكذا.

2- أن يكون عمليًا، إذ لا بد وأن يركز العمل التشريعي على الأحكام الجزئية التي تتصل برباط متين

¹ - العبدلاوي: أسس تقنين الفقه ومنهجيته، مرجع سابق، ص 134.

² - الفقيه هوبر (1849-1923): مؤرخ وفيلسوف قانون سويسري تولى تقنين القانون المدني السويسري بأمر من المجلس الفيدرالي، وقد أقر مشروعه الرائد من طرف البرلمان أواخر سنة 1907. وكان هذا التقنين مصدر إلهام للكثير من التشريعات الغربية والإسلامية، فقد استلهمت منه تركيا قانونها المدني سنة 1929.

-A. Flückiger: Les Racines Historiques De La Légistique En Suisse, p 08. . تاريخ الاطلاع 2016/07/20 http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/seminars/ch_fluckiger.pdf

⁴ - عبد البر، محمد زكي: تقنين قواعد الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 47.

مع فقه الحياة العملية، وأن يجتنب الأحكام الفقهية النظرية والمفاهيم الأصولية الذهنية. والتي تتنافى مع الإفراغ القانوني بسبب الطبيعة التجريبية المستحكمة على معانيها وتصوراتها¹.

والقاعدة العامة في الصيغة التشريعية أن يعمد إلى تقسيم التقنين إلى كتب، وأبواب، وفصول، وأقسام، وبنود...² وينبغي للمشرع أن يتلافى العناوين المغفلة أو الأقسام المهملة من دون تبويب. لأنها تشيخ عن إبهام وغموض مريبك في ذهن من يطلع عليها. فلا يدري محكم ربطها بالموضوع، ولا يمكن صلتها بباقي وحدات جسد التقنين³.

ويقتضي التبويب المنطقي والعملي من المشرع أن يستهل كتب وأبواب عمله التقني بأحكام عامة، تنتظم تحتها مناحي الفصول والأقسام المدرجة فيها، ثم يتطرق بالتنظيم إلى الأحكام المرتبطة بإنشاء العلاقة القانونية، ومضامين أجزائها والشرائط الناظمة لها، ثم تُتبع بالآثار التي يمكن أن تنجم عنها، لتختتم بحالات وأسباب انتهائها⁴.

وتختص المنهجية السويسرية في التقنين بإضافة عناوين صغيرة، تستجمع معنى النص القانوني، وتنبؤ عن فحواها. توضع في يسار الهامش المقابل لكل نص زيادة في التوضيح، وتسهيلا للاطلاع على النصوص المرادة، في شكل فهرس في موضوعي شامل.

ثانيا: أسلوب التقنين

يقصد بأسلوب التقنين النسق النظامي العام الذي تنتظم ضمنه الصياغة الفنية للأحكام الفقهية. وحتى يكون هذا النظم وظيفيا، يشترط الفقه القانوني اتسام الصنعة التقنينية بثلاث مميزات هي⁵:

1-الوضوح (la clarté) :

1 - الدريني: تقنين علم أصول الفقه يتنافى مع طبيعته ووظيفته وغايته، مجلة هدي الإسلام، الأردن، مج 34، أوت، 1990، ص 21.
2 - يشير المنشور الفرنسي المتعلق بتقنين النصوص التشريعية والتنظيمية المؤرخ في 30 ماي 1996 إلى ضرورة ألا تتجاوز تقسيمات التبويب المعتمد في التقنين تسعة تفرعات. ينظر:

- Le Journal Officiel De la République française, 5 juin 1996, ed 129, p 8263.

3 - يغفل المشرع الأسري الجزائري -في أحيان عديدة- الإشارة إلى تبويب محاور مهمة من التقنيات مما يتسبب في إرباك الباحثين القانونيين والقضاة في فهم صلة ذلك المحور بالتنسيق العام للتقنين وإدراك حيزه الذي ينتظم فيه، مما يضطرهم إلى مراجعة المحاور والتوبيبات السابقة له، وقد تكرر ذلك مرارا في تقنين الأسرة، ينظر قسم الزواج من الكتاب الأول وفصول الميراث من الكتاب الثالث من قانون الأسرة الجزائري.

4 - التزم المشرع الألماني في تقنيته للقانون المدني هذا المنهج بصرامة حيث خصص للأحكام العامة كتابا خاصا ضمّنه 240 مادة زيادة على تضمينه لباقي الكتب الأربعة على فصوله تعنى بالتنظيم العام إلى جانب التقنين الموضوعي، وتبويبه نسخة مطورة عن التبويب الروماني (Pandects) ينظر:

- A. Flückiger et D. J. Daniel: L'Elaboration Rationnelle Du Droit Privé: De La Codification A La Légistique, Christine Chappuis, Bénédicte Foëx, Luc Thévenoz. Le législateur et le droit privé: colloque en l'honneur du professeur Gilles Petitpierre. Genève: Schulthess, 2006, p137.

5 - يعود الفضل في الإبانة عن الضوابط الأسلوبية للعمل التقني إلى المدرسة الفقهية السويسرية والتي قعدت أصول هذا الفن مع صدور أول تشريعاتها سنة 1911م ينظر:

- A. Flückiger: Les Racines Historiques De La Légistique En Suisse, op. cit., p 08.

إذ يجدر بالمشرع أن يصب المبادئ الفقهية في قوالب نقية الوضوح، على اعتبار أنه المنحى الأقرب إلى تقديم الفقه في صورة مبسطة ومسيرة الفهم للقاضي والمتقاضي على حد سواء وقديما قيل: " Rien ne contribue davantage à la simplification des lois que l'art de conduises les preceptes juridiques en des principes clairs et nets " ¹.

وتتحدد جوانب الوضوح هنا على مستويين اثنين؛ يتعلق أولهما بالشق اللغوي (Aspect Linguistique) الذي تصاغ به المبادئ والأحكام الشرعية بينما يختص المظهر الثاني بطبيعة المحتوى الموضوعي (Aspect Subjectif) الذي يجب أن يتسم عرضه بأسلوب معاصر متفق وروح هذا العصر وتوجهات المخاطبين به ولغتهم وأفكارهم.

وتستدعي مراعات هذا الأس المنهجي تحقيق تكامل كلي بين الأحكام المقننة بحيث يجتنب المشرع الوقوع في هوة التناقض والتصادم بين معاني تلك القواعد سواء أكان ذلك داخل دائرة التقنين نفسه أو بين التقنيات المختلفة.

2- الإيجاز (la concision) :

تقتضي الأسلوبية الحديثة للصناعة التقنية في العالم أن تكون النصوص المصاغة محبوكة على نحو دقيق وموجز بحيث تتجنب فخ الإسهاب والإطناب المخلين بالفهم الواجب من هذه النصوص. غير أنه لا بد ألا يفهم من مبدأ الاقتضاب الإخلال بالمعنى الأساسي المراد صياغته ². إذ ينبغي على القائمين بالتشريع التضحية بالثانويات والجزئيات لحساب الأساسيات والمبادئ، فليس المطلوب من القانون أن يحيط خُبرا بكل شيء في أحكامه فذاك أمر ممتنع عقلا ومنطقا، والغاية المرومة من المشرع أن يصوغ أحكام الفقه في قوالب عامة مجردة، ويترك شأن التفصيل والشرح للفقه والقضاء ³. ومن مؤكدات هذا الضابط التطبيقية أن يتجنب المشرع في صياغته للفقه تكرار ذات الأفكار في مواضع مختلفة من التقنين أو في تقنيات متعددة إلا ما يستوجب الضرورة.

وقد استقر الفن التقني في تكريسه لهذا المبدأ على حصر سقف عدد فقرات كل نص قانوني علي ثلاث فقرات. على أن تشمل كل فقرة جملة وحيدة اشترط لها الفقيه هوبر أن تكون موجزة ونادرة التعداد، فضلا عن خلوها من الاقتباسات أو الشروح ⁴.

والحق أن الحاجة إلى هذا المبدأ تصبح أؤكد في تقنين أحكام الفقه التي تتميز عادة بالتجزء والإفراد.

¹ -E. Huber: Code Civil Suisse: exposé des motifs, Buchler, Berne, 1902, P 08.

² - عبد البر، محمد زكي: تقنين قواعد الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 48.

³ - F. Bacon: Ouvres De Bacon: De La Dignité Et De L'Accroissement De La science, Charpentier libraire, Paris, 1852, p 493.

⁴ -E. Huber: Code Civil Suisse: exposé des motifs, op. cit., p12

3- التبسيط (la simplicité):

يجد هذا الضابط مقتضاه من حيث أنه الطريق الأنجع إلى تسهيل فهم التقنين وتيسيره للناس المخاطبين به بأبسط عبارة وأبين فكرة. ويرى الفقيه مونتسكيو أن العبارات المباشرة هي أنسب الأساليب لتحقيق هذه البغية فلا تبجيل في القانون للأمرء، ولا وجاهة للبلغاء كما كان عليه الحال في العصور القديمة¹. غير أنه لا يجب أن يقود هذا الضابط المشرع إلى تسطيح الصياغة، وابتدال اللغة، واعتماد الأساليب السوقية في التعبير التقني، بل لا بد أن يبقى محكوما بنواميس العمل الفني الذي يقتضيه القانون².

ثالثا: الصياغة التقنية الأسرية

تعد الصياغة المرحلة الأهم في العمل التشريعي، ولذلك وجب رعيها بحملة ضوابط وأسس فنية تؤصل الفعل التقني فيها، وتحوطه وتصوبه ضمن أطر القواعد الفنية الحديثة للصناعة القانونية، ومن جملة هذه الأسس الناظمة نذكر:

1- اعتبار طبيعة القواعد القانونية المراد صياغتها:

ذلك أن المشرع في تصويره للفقهاء الإسلامي يجب عليه أن يراعي الخصائص التي تميز القاعدة القانونية عن باقي القواعد الأخرى من حيث المضامين والمشتملات، إذ هي تتكون من عنصرين جوهريين هما:

أ- الفرض:

هو الوضع أو الواقعة التي يفترض تحققها في الواقع ترتيب أثر القاعدة وتطبيق حكمها.

ب- الحكم:

هو الظاهرة التي تتولد عن الافتراض المتحقق في شكل نتيجة أو أثر.

ومباشرة التشريع تقتضي من القائم به أن يراعي هذه الخصوصية في الصياغة، بافتراض الظواهر وما تقتضي به مولداتها من الأحكام القانونية، سواء أتم ذلك على نحو مباشر أم غير مباشر³. ولا يتوقف اهتمام المشرع عند الفصل بين القواعد القانونية وباقي القواعد الاجتماعية الأخرى بل يغوص ويدق عمله أكثر ليشمل الانتباه إلى اختلاف الطبيعة التي تميز القواعد القانونية نفسها.

¹ - يقول مونتسكيو في كتابه روح القوانين:

« Le style en doit être concis. Les lois des Douze Tables sont un modèle de précision: les enfants les apprenaient par cœur. ». Montesquieu: *De L'esprit Des Lois*. A. Belin Libraire. France. 1817. V1. P 502.

² - عبد البر، محمد زكي: *تقنين قواعد الفقه الإسلامي*، مرجع سابق، ص 50.

³ - العبدلاوي: *أسس تقنين الفقه ومنهجيته*، مرجع سابق، ص 135.

فمقتضيات الصياغة القانونية للقواعد الآمرة، غير مقتضيات القواعد الناهية، والملزمة غير المتممة وهكذا. ولذا فإنه يحسن بالقائم على الصنعة التشريعية تخير أنسب العبارات والقوالب وفق ما يواقي طبيعة القاعدة وسياقها، فإن كانت من النوع الملزم تطلب الفن التشريعي تصوير مضمونها في قالب جازم الدلالة، حازم العبارة. أما إن كانت من النوع المتمم أو المفسر فإن تشكيلها يقتضي الرصف المرن، والتطويع الرحب الذي يتيح الحرية في الاحتكام لإرادة الأفراد في الأخذ بها أو استبعادها.

2- التعميم والتجريد:

لما كانت القاعدة القانونية متسمة بالعموم والتجريد فإنه لا بد أن يتعد في العمل التقني للفقه عن التشخيص والتفصيل قدر الإمكان، فالحكم المتضمن بالقاعدة شامل لكل أفراد وجزئيات الواقعة المفترضة، ما دامت شروط الفرض متحققة فيها. والتزام هذا النهج يكسب التشريع المرونة اللازمة التي تتحرك بها مناشط الاجتهاد القضائي وتزدهر، لتكريس السيورة والديمومة لهذا القانون في نظمه للعلاقات المتجددة والنوازل المتتابعة.

3- اجتناب التفصيل والتمثيل:

ينبغي للصياغة التشريعية حتى تكون وظيفية أن تتجنب بعض الأساليب المعتمدة في النظم الفقهي القائم على إيراد التعريفات والغوص في التفريعات والتفصيل في التعليقات وتعداد التمثيلات. فهذه وغيرها صور لصميم عمل الفقيه، بيد أنها لا تتواءم وطبيعة التشريع ووظيفته، وموضعها الأنسب هو الأعمال التحضيرية والمذكرات الإيضاحية التي ترافق التقنيات¹.

4- ضبط الإحالة:

قد تمس الحاجة المنهجية إلى الإحالة بين نصوص المشاريع التقنية، بغية تحقيق التنسيق بين وحدات التشريع، وتفادي تكرار الأحكام، غير أنه يحسن بالمشرع أن يبقى في منأى من هذا الحل الفني، وقصره على حالات الضرورة، لأن من شأن الإكثار من الإحالة أن يشيع الإبهام والغموض بين النصوص التشريعية. وقد يغفل المشرع عن استيعاب كامل النصوص المستوجبة الإحالة عليها، مما يورث القانون التناقض والتصادم².

¹ - العبدلاوي: أسس تقنين الفقه ومنهجه، مرجع سابق، ص 137.

² - عبد البر، محمد زكي: تقنين قواعد الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 49.

وتعد التقنينات السويسرية من أفضل التشريعات التي راعت ذلك، وأوجبت الإحالة في حال الضرورة بجملة واحدة، تنبئ عن المعنى المحال عليه، بدل استعمال النمط الفرنسي الذي يعتمد الإشارة إلى رقم المادة فقط¹، والذي أثبتت التجربة تسببه في إيقاع القضاة في أخطاء تطبيقية جمة².

5- دقة الفهم وحسن التكييف:

إن تحقيق التمثل الفعلي لأحكام الشرع في واقع الناس يستلزم الإحاطة الواعية، والفهم العميق للقضايا التي يحياها المجتمع، وبحث تفاصيل كنهها، وتمييز خبايا حقائقها، تمييزا دقيقا عميقا يحيط بملاساتها وأحوالها وقرائنها³. ليتسنى إعطاؤها ما يواتيها من أحكام، وما يحسن لها من قواعد تنظمها في نسق تقنيي محكم. وهو بهذا يعد أدق مسالك الفقه، وأعوص مفاوزه، وأعقد مراحلها⁴. ذلك أنه يبحث تصرفات وأحوال يطبعها التشابك، والاشتباه، والتعقيد، والجددة. لذلك كان لزاما على أهل النظر إفراغ الوسع في تصور الوقائع، وتصرفات المكلفين تصورا دقيقا، وفهمها فهما عميقا، قبل مباشرة إنزال الحكم عليها في التقنين. لأن اضطراب هذا الضابط من شأنه إيقاع الحكم على صورة غير متضمنة فيه أو مفتقرة لشرائطه، مما يورث المكلفين شدة وعنتا، تكون منه الشريعة الإسلامية السمحاء براء⁵.

فإذا تحقق للفقيه هذا الوعي بتمامه لتلك الوقائع، انتقل إلى عمل عقلي ثان يضارع الأول في الأهمية؛ إذ يتعلق بتوصيف وتكييف تلك المسائل في أجناس فئاتها، وأنواع وأصول وصيغاتها. فتضم إلى أصولها الشبيهة، وتصنف مع أنداها النظرية، ليتقرر بعدها ما يليق بها من أحكام. ذلك أن الصياغة الفقهية إذا أريد لها أن تأخذ شكل القانون، فلا بد لها من أن تصدر في قوالب من العموم والتجريد، لتخاطب نسقا عاما من الأفراد التي تشترك في أحكام معينة، وليست معينة بتنظيم أحكام كل فرد على حدى. فالمطلوب الآن نقل الفقه من صفته "الفردانية" التي طبعته طيلة قرون عديدة، وصبغه بالصبغة "الاجتماعية" ليوائم النسيج العام، ويؤطر العلاقات المؤلفة والمجتمع.

- A. Flückiger: *Les Racines Historiques De La Légistique En Suisse*, op. cit., p11

² - اعتمد المشرع الألماني هذا الطريقة في تقنينه لتشريعته، وأكثر من إعمال الإحالة فيها بين أكثر من ثلاث نصوص قانونية، مما أعسر فهم بعض المواد، بسبب صعوبة تعقب الإحالات المزدوجة. راجع على سبيل المثال المادتين 71 و78 من الكتاب الأول من القانون المدني الألماني.

³ - حمادي، نورالدين: *ضوابط فقه النوازل المعاصرة*، مرجع سابق، ص 178.

⁴ - القحطاني، مسفر: *منهج استخراج الأحكام الفقهية للنوازل المعاصرة*، مرجع سابق، ج1، ص 341. الحولي، ماهر حامد: *ضوابط النظر والاجتهاد في القضايا والمستجدات المعاصرة*، مجلة جمعية القدس، فلسطين، ع 05، يناير، 2008، ص 10.

⁵ - أبو شاويش، ماهر الذيب: *ضوابط النظر في النوازل مدارك الحكم عليها*، مجلة الشريعة والقانون، الإمارات، سنة 27، ع 55، يوليو 2013، ص 229.

7- الصياغة المقاصدية:

لا ريب أن ثمرة إنزال الشريعة على العباد هي حصول الامتثال لأحكامها في حياتهم، والانقياد لتعاليمها في سائر معاملاتهم، غير أن هذا الامتثال منوط هو الآخر بتحقيق جملة معان عامة ملحوظة، وأسرار ومقاصد محفوظة، تعود على الناس بالنفع والرعاية. وعليه فلا مناص على المشرع من رعي هذه المقاصد في الصياغة التقنية لقواعد ومبادئ الشرع، والتحقق الفعلي من مدى إثمار الأوضاع والمسائل لها في واقع الناس. وربما "كانت الصياغة المقاصدية بهذا المعنى تقتضي أن ينال الحكم الشرعي الثابت المنصوص عليه تعديل، أو تأجيل، أو تبديل عند الإجراء التطبيقي. وهو ما يجعل مسؤولية المجهتد في هذه الصياغة مسؤولية ثقيلة من حيث أن التقدير في تحقق المقاصد من عدمه بتنزيل الأحكام على الوقائع تقدير، مجال الظن فيه مجال واسع، وإذا ما كان التقدير خاطئاً أدى إلى تعطيل الشريعة عن الهداية. وحسبك بذلك من محذور، يستلزم القدر الكبير من التحوط والدقة والورع"¹.

8- فقه الواقع:

يعد الواقع من أعقد المفاهيم التي تتشابك فيها مكونات بنيتها على مستويات عدة، سيما ما تعلق منها بالأشخاص، والأزمان، والأمكنة، والأحوال المتغيرة. ولذلك فإن له أثراً فاعلاً في فهم الأحكام الشرعية، وصياغتها الحياتية. والفقيه الحق هو "من يتوصل بمعرفة الواقع، والتفقه فيه إلى فقه حكم الله ورسوله ﷺ"². وما نقصده من فقه الواقع - كما أسلفنا بيانه - هو "إدراك الأوصاف المؤثرة، والأحوال المعاشة المقتضية تطبيق حكم الشرع"³. وعليه ففقه أوضاع المسائل، وواقع القضايا يعتبر الوسيلة الأولى لجعل الواقع ممتثلاً لحكمه الذي يناسبه، ويفضي - بالتالي - إلى تحقيق مقصود الشرع من تنزل هذا الحكم على ذلك الواقع. وتتأكد أهمية هذا الفهم أكثر في العصر الراهن الذي تعقدت فيه الحوادث، واستعصت فيه المشكلات، ودقت فيه الأخلال على شتى الصعد المختلفة؛ سياسية، اقتصادية، واجتماعية... حيث أضحى من العسير على أي فقيه مهما تهيأت له أسباب وآليات الاجتهاد، أن يحيط بجيئات هاته الوقائع، ويستكنه دقائق جزئياتها، وتفصيل متعلقاتها، دون الاستعانة بخبراء الاختصاص في تلك الحقول المعرفية، والكُسوب العلمية الموثوقة⁴. ولعل ما رفع من درجة هذا التعقيد وزاد من حدة الصعوبة التي تواجه المشرع في الصناعة التقنية،

1 - النجار، عبد المجيد: المقتضيات المنهجية لتطبيق الشريعة في الواقع الإسلامي الراهن، مرجع سابق، ص 55.

2 - ابن القيم: إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج 1، ص 69.

3 - حصوة، ماهر حسين: فقه الواقع وأثره في الاجتهاد، مرجع سابق، ص 15.

4 - شكري، فريد: الاجتهاد الفقهي من الاستنباط إلى التنزيل، مرجع سابق، ص 171. النجار، عبد المجيد: المقتضيات المنهجية لتطبيق الشريعة في الواقع الإسلامي الراهن، مرجع سابق، ص 65 وما بعدها.

كون الواقع هنا متعلقاً بالجوانب الأسرية التي تكتسي من الأهمية والحساسية ما يجعل العمل التشريعي من الأهمية والخطر اللذين يستوجب معهما الدقة والضبط.

9- فقه المآل:

نعني بفقه المآل "تحقيق مناط الحكم بالنظر في الاقتضاء التبعية الذي يكون عليه عند تنزيله، من حيث حصول مقصده، والبناء على ما يستدعيه ذلك الاقتضاء"¹. فينبغي للمشرع الذي ينظر في حكم المسائل المراد تقنينها أن يحرص على إسقاط الحكم الشرعي على محله الأنسب، كي لا يصدف نظره الاجتهادي عن تجسيد مقصود الشرع من ذلك الحكم، سواء بتحقيق مصالح الناس، أم درء المفاصد عنهم. ولا يتوقف ذلك على مراعات الاقتضاء الأصلي لذلك الحكم الذي يكون في العادة متسماً بالصيغة التجريدية، بل يتعداه إلى بحث ودراسة الاقتضاء التبعية، الذي ينظر خصوصية الحال، والمحل، والزمن الطارئ، والعارض الملابس. ثم يتعمق هذا النظر أكثر، ليتبصر الآثار المتوقعة للحكم الأصلي على صور القضية المنظورة في واقعها الكائن. ومن ثمّ، ترتيب هذه الآثار وفق ما تقتضيه المصالح التي ناطها الشارع من وضع تلك الأحكام².

10- البناء التكاملي:

تتسم أحكام التشريع الإسلامي بالتكاملية في مستواها التجريدي؛ إذ تتراصّ فيه آحاد المبادئ والقواعد التي ينتظمها في بناء سامق الطول، منسجم المنهج، مترابط الأسس. فالأحكام الجزئية تتصافّ مع نظيراتها لتحفظ نسق أصلها، وكليات جنسها. والأصول والكليات -بدورها- تنتظم مع بعضها لتحفظ المقصد العام للشرع، وتصون مصلحته الحظوي من التناقض، أو التفاوت³. وعليه، فيتطلب تحقيق هذه التكاملية على المستوى التطبيقي توافر مُكنة النظر، للمواءمة بين الاتساق النظامي للشرعية، وبين ما يضارعها من حوادث واقعية جزئية، ومحال ظرفية عينية، تفترق عن بعضها بحسب الاكتنافات العارضة، والملابسات الخاصة. لذا كان الواجب على متولي الصياغة التقنية للأحكام الفقهية أن يُفصي عمله عن تكامل جمعي بين أحكام أجزاء القضايا، وآحاد الوقائع ليتكامل الصالح العام للأفراد، ضمن منظومة قانونية منسجمة المقاصد، متحدة الغايات، والأولى مجابهة ذلك باعتماد التشريع القطاعي

¹ - السنوسي، عبد الرحمن: اعتبار المآلات ومراعات نتائج التصرفات، مرجع سابق، ص 19.

² - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 5، ص 177 و178. السنوسي، عبد الرحمن: اعتبار المآلات ومراعات نتائج التصرفات، مرجع سابق، ص 19.

³ - النجار، عبد الحميد: مقتضيات المنهجية لتطبيق الشريعة في الواقع الإسلامي الراهن، مرجع سابق، ص 70 و71.

للأحكام¹ وفق تدرج زمني معقول، يضمن قابلية الأفراد للتطبيق، وفاعلية الأحكام للتنزيل².
فإذا استجمع الفقيه حلقات هذه الشرائط، واستحكمت له ضوابطها، فإن وسعه الاجتهادي سيتفصد
لا محالة عن عواقب مرغوبة، ونتائج محبوبة. ورغم صعوبة هذا المورد، غير أنه يبقى "عذب المذاق، محمود
الغبّ، جار على مقاصد الشريعة"³.

11- الأداء المؤسساتي:

إن تكاثف الروابط الحياتية، وتشعب العلاقات الإنسانية، وتشابك الروافد المعرفية في ظل كم جارف
من المتغيرات الملابس جعلت الاجتهاد الفردي عاجزاً عن أن يفي بحاجة الأمة في تلمس الأحكام الفقهية،
سيما للقضايا المتجددة منها، والتي أضحت تنبو عن كل عد أو إحاطة.
ولذا كان لزاماً تكاثف جهود ثلة العلماء والفقهاء - معضودين بالخبراء الموثوقين - لإعمال النظر
الاجتهادي الواعي في قضايا العصر، والإحاطة باحتياجات المجتمعات الإسلامية الهائلة، من أجل إسقاط
الأحكام الفقهية على ما يناسبها ويلائمها من وقائع. ولعل المجامع الفقهية واللجان العلمية هي الأنهض
بهذا الواجب، والأقدر عليه لتوافرها على مزية الاستيعاب الموضوعي، وشمولية الفهم، ودقة التمحيص. مما
يعصم آراءها عن زيغ الخلل، ويصون حُكمها عن مواطن الزلل، ويسرع وتيرة الصياغة التشريعية للقواعد
القانونية.

ثالثاً: لغة التقنين الأسري

اللغة هي الوجه المعبر عن روح التقنين والأداة المحسدة له في الصياغة. ومن هنا تعين أن تصاغ القواعد
القانونية المعتمدة عن الفقه الإسلامي في لغة تنسجم وأسس الأسلوب التقني المعتمد من حيث الوضوح
والدقة والبساطة، في غير ما إغلاق أو غموض.

فالتقنين الألماني - رغم دقته من حيث لغة الصياغة - لا يتوافر له الوضوح الذي يجعله متاحاً للفهم من
طرف المواطن العادي، نتيجة تأثره بمدرسة "Pandect" الرومانية المعروفة بقواعدها العلمية الصارمة في انتقاء
اللغة التشريعية واصطفاء مفرداتها التقنية "Termes Techniques".

كما يجب أن تراعى خصوصية لغة الفقه الإسلامي، وتميزه من حيث المصطلحات والمفردات والألفاظ،
وإذا كان المعتمد في التقنين هو أحد المذاهب تعين التزام الفن الاصطلاحي الخاص به، فليست المذاهب

1 - المقصود بالتشريع القطاعي تقسيم مجالات الفعل التقني، وتحديد نطاقاته في زمر وفئات، يختص فيها كل مشروع بتنظيم واف لقطاع حياتي معين
كالأسرة، والتربية، والعمل، والتجارة، والإعلام ...

2 - للاستزادة ينظر: النجار، عبد المجيد: المقتضيات المنهجية لتطبيق الشريعة في الواقع الإسلامي الراهن، مرجع سابق، ص 71 وما بعدها.

3 - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 5، ص 178.

الفقهية في ذلك على وتيرة واحدة، ورب مصطلح في مذهب يتحمل من المعاني ما لا يتحمله في آخر، غير أنه يجب أن لا يدفع ذلك المشرع الأسري إلى الشطط في التزام اصطلاحات فقهية لا تفي بحاجات العصر، أو يعسر فهمها ما دام في اللغة المعاصرة ما يسعف في أداء ذات المعنى، فالمهم هو حصول الفهم وتيسيره في ضوء اللغة العربية وقواعدها¹.

تنفق النظم التشريعية الحديثة على ضرورة ضبط المصطلحات وتوحيدها في عملية التقنين²، فلا يُصار إلى استعمال أكثر من مصطلح للتعبير عن معنى واحد حتى ولو كان مرادفا له في ذلك، كما لا يجب أن يقصد بالمصطلح الواحد أكثر من معنى³. وقد أثبتت التشريعات القائمة بما فيه الكفاية مقدار الحيرة التي يقع فيها القاضي بسبب أي إغفال بسيط من المشرع لهذا الضابط، مما ينجم عنه اضطراب الأحكام وتقلبها⁴.

ولتفادي هذه الهنة التشريعية يحسن بالمشرع اعتماد معجم اصطلاحى خاص بكل فرع قانوني، يُبين فيه عن معاني المصطلحات التقنية المتضمنة فيه، وهي الطريقة التي تعتمدها الكثير من الأنظمة في سنّها للقوانين اليوم.

الفرع الرابع: تطور الصناعة التقنية الأسرية في الجزائر

مرت الصناعة التقنية في مجال المسائل الأسرية بالجزائر بمراحل عديدة، نُجملها فيما يلي:

أولاً- في عهد الأتراك:

¹ - ينبغي أن يكون واضحاً في الأذهان أن مناهج التقنين لأحكام الفقه الإسلامي ليس التشدد في التزام حرفية هذا التراث، بل هو تطبيق أحكام الشريعة وتنزيلها على واقع الناس، وليست اللغة إلا أداة في ذلك، فأني أثبتت اللغة الفقهية قدرتها على الإيصال الميسر للمفاهيم المقتنة إلى أذهان المخاطبين بما كان العمل بموجبها ومقتضاها هو عين العدل والحق، وإلا عدل عنها إلى ما يحقق المقصد ويدلّل الغاية في الجوانب التي قصرت بها عن تجسيده. راجع: عبد العزيز، محمد كمال: تقنين الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص49.

² - A. Flückiger: *Les Racines Historiques De La Légistique En Suisse*, op. cit., p11

³ - رغم اعتماد المشرع الجزائري لمبدأ التمييز بين الفساد والبطان في عقود الزواج، غير أنه لا زال يخلط بين أثرهما من حيث الإبطال والفسخ. ولذلك رتب على عقود الزواج المتضمنة لمانع شرعي الفسخ في المادة 34، رغم أن حقها الإبطال كما هو الحال في الصيغة الفرنسية لهاته المادة؛ إذ جاء فيها:

"Tout mariage contracté avec l'une des femmes prohibées est déclaré nul avant et après sa consommation. Toutefois, la filiation qui en découle est confirmée et la femme est astreinte à une retraite légale."

كما جمع النوعين معا في المادة 40 تحت حكم الفسخ، رغم أن أغلب الحالات المحال عليها بالمواد 32 و33 و34 تتعلق بالعقود الباطلة لا الفاسدة.

⁴ - من صور الإخلال بضبط الاصطلاحات في مجال العقود ما وقع فيه مشروع قانون المعاملات المصري من الخلط بين مصطلحي الفسخ والبطان في مجال العقود بالمواد 132 و137 و139، وقانون المعاملات السوداني بالمادتين 46 و74، والقانون المدني الأردني بالمواد 145 و153. وتكرار ذلك في تشريعات مستمدة من الشريعة ينبؤ عن التزام المشرعين -على اختلافهم- بالنقل من الفقه دون تحرز أو حيلة. ينظر: عبد العزيز، محمد كمال: تقنين الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص49 و50.

خضعت الحياة الأسرية للجزائريين في عهد الأتراك إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وكانت المرجعية في ضبط العلاقات الاجتماعية داخل نسيج المجتمع للمذهب المالكي، الذي تعتنقه الغالبية الساحقة من السكان، فضلا عن المذهب الحنفي الذي اتخذ له -هو الآخر- حيزا معدودا بمجىء العثمانيين الذين عملوا على تقديمه على المذهب المالكي في الإفتاء والقضاء جميعا، رغم قلة ومحدودية أتباعه من الناس¹ وقلة من أئمة فيه من العلماء الجزائريين².

وقد جرت العادة أن يتم تعيين المفتي الحنفي من طرف السلطان لعثماني شخصيا، ويستجلب من لدولة العثمانية رفقة باشوات، بينما يختص حاكم الجزائر بتعيين المفتي المالكي. وكان لطبقة العلماء -في تلك الفترة- جانب مُهاب وكرامة موفورة لدى السلطة التركية، التي كانت تتوحد إليهم -حدّ التملق- وتستجلبهم إليها خشية بأسهم ومكانتهم من الأهالي³.

وكان يتولى الإشراف على توثيق عقود الزواج المبرمة القاضي الشرعي الذي يقيدتها في السجلات الشرعية للمحكمة. وكانت صيغة العقد موحدة في المذهبين؛ إذ يستهل العقد بالحمد، ثم تاريخه، ثم موضوعه (زواج، طلاق، ميراث...)، ثم يذكر الطرف الأول، وعادة ما يكون الزوج الذي يثبت نسبه لأبيه وحرفته، ثم اسم الزوجة مسبقا بعبارة "أمة الله"، مع اسم والدها وحرفته، مع بيان حالتها المدنية (بكر، ثيب، معتدة...)، ويشار أحيانا إلى شهادة الطلاق تأكيدا على حصوله، كما تذكر في عقود الزواج قيمة الصداق المسمى من الزوجين نقدا ثم ملحقات الصداق، فمقدمه نقدا وعينا، ثم قيمة مؤخره، والمدة التي يؤجل إليها، وفي الأخير يذكر اسم الولي أو الموكل عن الزوجة، فوكيل الزوج إن وجد، ويختتم العقد بإمضاء عدلين اثنين، أما إن تعلق الأمر بطلاق فيتضمن التوثيق ذكر اسم المطلق واسم والده وحرفته، ثم اسم المطلقة وعدد الطلقات، ثم كيفية الاتفاق بشأن نوع الطلاق (خلع، تطليق...) وتوابعه المادية، ثم يذكر اسم ضامن الزوجة، ويختتم العقد بإمضاء العدول⁴.

1 - مثل الأتراك والكراغلة سنة 1830م بضعة آلاف (حوالي 20 ألفا)، بينما كان عدد السكان الأصليين الجزائريين يصل إلى 3 ملايين نسمة، وقيل 10 ملايين، ينظر: بلاح، البشير: تاريخ الجزائر المعاصر من 1830 إلى 1989م، دار المعرفة، الجزائر، د.ط، 2006، ج1، ص 31. المشهداني، مؤيد و سلوان، رمضان: أوضاع لجزائر خلال الحكم العثماني 1518-1830م، مجلة الدراسات التاريخية والحضارية بجامعة تكريت، العراق، مج 05، ع 16، نيسان 2013م، ص 425.

2 - ابن المفتي، حسين: تقييدات ابن المفتي في تاريخ باشوات الجزائر وعلمائها، بيت الحكمة، الجزائر، ط 1، 2009م، ص 28. أبو القاسم، سعد الله: تاريخ الجزائر الثقافي، دار الغرب الإسلامي، لبنان، ط 1، 1998، ج2، ص 65. عمورة، عمار: موجز في تاريخ الجزائر، دار ربحانة، الجزائر، ط 1، 2002، ص 109.

3 - المدني، أحمد توفيق: كتاب الجزائر، المطبعة العربية، د.م، د.ط، د.ت، ص 37 وما بعدها.

4 - معاشي، جميلة: الإنكشارية والمجتمع ببايلك قسنطينة في نهاية العهد العثماني، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2008م، ص 152 و 153.

وكان هذا المنهج الجاري في تسجيل وتوثيق عقود البايات والعوام، الحنفية¹ والمالكية على حد سواء، غير أنه تراعى لأصحاب السلط والسيادة ألقاب التبجيل والتفضيل². وعلى دقة هذا النهج في سياسة المسائل الأسرية وحياطة أحكامها الشرعية، إلا أن ذلك ظل محض عرف تشريعي متبع من طرف المفتين والقضاة في إمضاء الأنكحة وإنشاء الفرق الزوجية، إذ لم يكن هناك قانون مكتوب يتبع في ذلك.

ثانياً- في العهد الاستعماري الفرنسي:

سعت فرنسا -منذ الوهلة الأولى لدخولها الجزائر وتوطنها بها- إلى بسط هيمنتها على المنظومة القانونية الشرعية المنظمة لشؤون حياة الجزائريين، ومحاوله دمجها بالترسانة القانونية الفرنكفونية خاصتها. وكان لها ما أرادت في المجال الجزائري والإداري والتجاري، فقد كانت القوانين الفرنسية عي وحدها المستأثرة بالتطبيق على جميع من في القطر الجزائري، أما المجال المدني والأحوال الشخصية فقد أعياها الأمر وأخطأها الحيلة لجعله منضبطاً بتشريعاتها³. رغم إبرامها معاهدة 05 جويلية 1830، والتي تعهد فيها وزير الحرب الجنرال لويس بورمون "Louis Bormant" باحترام الشريعة الإسلامية، وكفالة ممارسة الشعائر الدينية بحرية للجزائريين⁴، وتجلت مساعيها الحثيثة في ذلك باستصدار قرار 08 سبتمبر 1830 الذي صادر بموجبه الحاكم العام إدارة الأوقاف المحبوسة للعرش العثماني، وأدرجها ضمن الملك العام للإدارة الفرنسية⁵.

وأكدت فرنسا نيتها في مسعى التوحيد التشريعي بمحاولتها توحيد التنظيم القضائي، وتعطيل المحاكم الشرعية بصدور قرار 09 سبتمبر 1830م، ثم لم تلبث أن تراجعت عن ذلك في 22 أكتوبر 1830 خوفاً من إثارة الحفيظة الدينية للجزائريين، الذين أظهروا استماتة في التمسك بتطبيق أحكام الفقه الإسلامي المالكي، كونه يمثل المرجعية الغالبة آنذاك، على مختلف شؤون الحياة⁶. فبقيت بذلك للشريعة الإسلامية

1- وصل عدد الزيجات المقيدة لأفراد الجيش الإنكشاري العثماني بسجلات المحكمة الحنفية في الجزائر للفترة الممتدة بين 1809-1820م إلى 821 عقداً. تراجع: معاشي، جميلة: الإنكشارية والمجتمع ببايلك قسنطينة في نهاية العهد العثماني، مرجع سابق، ص 175.

2- معاشي، جميلة: الإنكشارية والمجتمع ببايلك قسنطينة في نهاية العهد العثماني، مرجع نفسه، ص 153.

3- سعد، عبد العزيز، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2007م، ص 07.

4- حاول الكثير من الفقهاء الفرنسيين إيجاد تبريرات واعدار لتغطية انتهاكات السلطة الفرنسية للاتفاقية المبرمة، ومن قبيل ذلك ما ذهب إليه آرثر جيرول من أن بنود هذا الاتفاق لا تعدو الجزائريين القاطنين بالعاصمة، فهي لا تختص بغيرها من المحافظات أو المقاطعات. ينظر:

- M. Renard: **Experiences Musulmanes Des Droit Et de La Justice Dans Le Champs Religieux En Algerie Coloniale**, L'Atelier, France, 2009, p 144.

5- صدر قرار آخر في 7 ديسمبر 1830 ينتهك بنود معاهدة الداوي حسين لاحترام الشريعة يقضي بمصادرة الأقباس والأوقاف الخاصة بالمساجد، ثم صودرت المساجد نفسها، إذ من بين 176 مركز عبادة، كانت موجودة بالعاصمة لم يبق منها إلا 21 مرخص لها بممارسة الشعائر الدينية. للاستزادة يراجع:

- D. Borne et B. Falaise: **Religions Et Colonisation**, L'Atelier, France, 2009, p 143-144.

6- أعطت فرنسا الأولوية المرجعية في الفقه للمذهب المالكي بعد أن كانت للمذهب الحنفي في عهد الأتراك بسبب قلة أتباع المذهب الحنفي، والإشكالات الفقهية التي كانت تطرحها هاته الأولوية في التطبيق، سيما وأن الغالبية الساحقة من الجزائريين تتبع المذهب المالكي. ينظر:

- L. Galibert: **Histoire De L'Algerie**, Furne Libraires, France, 1843, p 347.

مكانتها وسلطتها على مسائل الأحوال الشخصية والمعاملاتية، وبدل ذلك فقد لجأت فرنسا إلى سياسة المهادنة والتطويع؛ فصدرت الأوامر والقرارات بإتاحة الاختيار للمتقاضين الجزائريين في تطبيق القوانين المدنية الفرنسية أو الاحتكام إلى مبادئ وقواعد الفقه الإسلامي.

ثم لم تلبث هذه السياسة أن أسفرت عن وجه فشل كالح، أرغم الإمبراطور نابليون الثالث على الاعتراف بأحقية هذه الشرعة في الحياة، وحكم شؤون المواطنين الجزائريين المتعلقة بالزواج والطلاق والميراث والوصايا والوقف الخاص وغيرها... وبقي الأمر على حاله حتى سقوط الجمهورية الثالثة، التي تبنت نهجا متطرفا في القمع السياسي والاستبداد الاجتماعي واستعملت في ذلك الأداة التشريعية لإركاء الشعب الجزائري، وإخضاعه للنظام القانوني الفرنسي عبر التمييز والتفرقة بين مختلف أعراقه ومذاهبه، فكان صدور مرسوم 29 ديسمبر 1890م الذي أقر للإباضيين قانونا خاصا لتنظيم أحوالهم الشخصية، وشؤونهم المدنية أمام محاكم خاصة ووفق أصول وقواعد المذهب الإباضي، وبالمثل صنعت مع منطقة القبائل، والتي ألغي فيها القضاء الشرعي نهائيا بالمرسوم الصادر في 29 أوت 1874م، ثم تعمق هذا الفصل العرقي بصدور مرسوم 12 أوت 1922م، الذي اختصّ باستحداث نظام قضائي خاص بمنطقتي بجاية وتيزي وزو مضمونه تطبيق التقاليد القبائلية الخاصة بهما بدلا من أحكام الشريعة الإسلامية¹.

وأكثر من ذلك، فإن فرنسا -أمام فشلها في ضبط التقنين الأسري الشرعي- سعت إلى توظيف الشريعة الإسلامية نفسها كأداة للهيمنة في سياستها الاستعمارية، من خلال تقنينها وفق القوالب التنظيمية التي تخدم أهدافها، وتضمن سيطرتها على شعاب الحياة الاجتماعية، وتكرس بقاءها ممسكة بزمام الأمور في الجزائر، ولذلك أصدر حاكم الجزائر شارل جونار "Charles Jounnart" قرارا في 22 مارس 1905، يقضي بتشكيل لجنة لدراسة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل الأحوال الشخصية، وكلف مارسيل موران "Marcel Morant" بإعداد المشروع وتقرير أعمال اللجنة التي تألفت من 16 عضوا فرنسيا وستة علماء جزائريين لتقنين أحكام الأحوال الشخصية، وخلص عمل اللجنة إلى إعداد "مجلة الأحكام الأسرية الجزائرية"، المكونة من 781 مادة في مسائل الزواج والطلاق والميراث والوقف والإثبات والعقار...²، وأنجز المشروع التقني في 16 مايو 1914م³، غير أنه لم يحظ بالقبول والمصادقة من طرف الحاكم، وبقي مجرد

¹ - بلحاج، العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، وفق آخر التعديلات، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط6، 2010م، ج1، ص 17 و18. سعد، عبد العزيز، قانون الأسرة في توبه الجديد، مرجع سابق، ص 08 و09.

² - F. Pouillon: Dictionnaire Des Orientalistes De Langue Fransaise, Karthala, France, 2008, p 704.

³ - عطية، جمال الدين: تاريخ تقنين الشريعة الإسلامية، مجلة المسلم المعاصر، مصر، ع 11، 1977م، ص 45 و46. بلحاج، العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط5، 2007م، ج1، ص 19.

مقاربة فقهية معينة للاستشارة القضائية¹، ثم حاول موريس فيوليت إحياء هذا المشروع عشية الاحتفال بالذكرى المئوية لاستعمار الجزائر، لكن مصيره -هو الآخر- كان الفشل.

ولم يمنع هذا الفشل فرنسا من استصدار قوانين لحكم مسائل الأسرة الجزائرية، فاعتمدت أيديولوجية التقنين الجزئي لتلك الأحكام، فكان أن صدرت القوانين والأوامر والمراسيم التالية:²

- قانون 02 ماي 1931، والمتعلق بتحديد أحكام الخطبة و سن الزواج.
- مرسوم 19 ماي 1931، المرتبط بتنظيم الحالة القانونية للمرأة الجزائرية.
- القانون رقم 57-778 الصادر في 11 جويلية 1957، والمتضمن أحكام النظم الرعائية للقصر والغيبية والفقد والحجر.
- الأمر رقم 59-274 المؤرخ في 04 فيفري 1959، المتعلق بعقد الزواج وتسجيله وسنه القانوني وانحلاله.
- المرسوم رقم 59-7082 الصادر في 17 سبتمبر 1959، والمتضمن اللائحة التنفيذية للأمر رقم 59-274.
- القرار الصادر بتاريخ 21 نوفمبر 1959، المتعلق بتحديد الوثائق والمستندات المشترطة في إبرام عقد الزواج وتسجيله.

ثالثا- في عهد الاستقلال:

يمكن تقسيم المرحلة التي تلت استقلال الجزائر من الاستعمار الفرنسي -من حيث الصنعة التشريعية الأسرية- إلى:

1-مرحلة 1962-1984م:

وجدت الجزائر نفسها بمجرد استردادها لاستقلالها أمام فراغ تشريعي وقانوني مطبق، وحسما لذلك فُرد بالقانون رقم 62-157 تمديد العمل بالتشريع الفرنسي، إذا لم تكن فيه مصادمة للسيادة الوطنية، وعللت الجمعية التأسيسية هذا التوجه بأنه من غير المنطقي ترك الوطن يسير دون قانون، مادامت الظروف لا تسعف في إعطاء تشريع نافذ يتلاءم واحتياجات الشعب وطموحات الدولة³.

¹ - D. Borne et B. Falaise: **Religions Et Colonisation**, op. cit., p 150.

² - سعد، عبد العزيز، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 08 و 09. بلحاج، العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص 18.

³ - تنظر ديباجة أسباب القانون رقم 62-157 المتعلق بتمديد العمل بالتشريعات الفرنسية، الجريدة الرسمية، في 11 جانفي 1963، ع 02، ص 18.

كما سعى المشرع إلى استصدار قوانين لتنظيم مسائل جزئية متعلقة بقضايا عقد الزواج وتسجيله وسنه القانوني، ومن ذلك:

- قانون رقم 63-224 المؤرخ في 29 جوان 1963م، والمتعلق بتنظيم سن الزواج¹.
 - الأمر رقم 66-195 الصادر بتاريخ 23 جوان 1966م، والمتضمن تمديد أجل تسجيل عقود الزواج المبرمة قبل صدور القانون 63-224².
 - الأمر رقم 69-72 المؤرخ في 16 سبتمبر 1969م المتضمن استثناءات المادة 05 من القانون رقم 63-224³.
 - الأمر رقم 71-65 المؤرخ في 22 سبتمبر 1971م، المتعلق بإثبات كل زواج لم يكن موضوع عقد محرر، أو منسوخ في سجلات لحالة المدنية⁴.
- ثم لم يلبث المشرع أن حقق خطوة معتبرة نحو الاستقلال التشريعي بإلغاء العمل بالتشريعات الفرنسية لانطوائها على الروح الاستعمارية، والميز والعنصرية الاجتماعية ابتداء من 05 جويلية 1975، وتكرس ذلك بالأمر رقم 73-29 الصادر بتاريخ 05 يوليو 1973⁵. وتمّ له ذلك بعد الحركة التشريعية الواسعة التي توجّها صدور القانون المدني بالأمر رقم 75-58 الصادر بتاريخ 26 سبتمبر 1975، والذي يعدّ الشرعة العامة الأصيلة بحكم وضبط العلاقات المعاملاتية بما فيها مسائل الأحوال الشخصية، فقد نظم هذا القانون قواعد الإسناد المتعلقة بالأهلية والأحوال الشخصية في التنازع الدولي الخاص، كما عالج بعض المسائل المتعلقة بالتركات والوصايا وأحكام المفقود والغائب... وتقضي مادته الأولى بالاحتكام إلى قواعد ومبادئ الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد به نص تشريعي. كما تولى قانون الحالة المدنية الصادر بالأمر رقم 70-20⁶ معالجة الكيفيات التي يتم بها تحرير عقود الزواج، وأصول تسجيلها، والبيانات الواجب إثباتها في العقد، وشروط الشهادة في الزواج، والموظف المختص بتقييد العقد في السجلات، فضلا عن تنظيمه لقواعد الإثبات وغيرها.

2- مرحلة 1984-2005م:

أسفرت المرحلة التالية للحقبة الاستعمارية عن صراع أيديولوجي حادّ بشأن التوجهات الحضارية للدولة

1 - القانون رقم 63-224 المتعلق بتنظيم سن الزواج، الجريدة الرسمية، في 2 جويلية 1963، ع 44، ص 680.
 2 - الأمر رقم 66-195، الجريدة الرسمية، في 1 يوليو 1966، ع 56، ص 856.
 3 - الأمر رقم 69-72، الجريدة الرسمية، في 19 سبتمبر 1969، ع 80، ص 1186.
 4 - الأمر رقم 71-65، الجريدة الرسمية، في 28 سبتمبر 1971، ع 79، ص 1317.
 5 - الأمر رقم 73-29، الجريدة الرسمية، في 03 اوت 1973، ع 62، ص 878.
 6 - الأمر رقم 70-20، الجريدة الرسمية، في 19 فبراير 1970، ع 21، ص 274.

الجزائرية الفتية، وقد كان لذلك أبلغ الأثر في تأخير صدور قانون مفرد للأسرة يلتم شمل فروعها، ويجمع شعث مسائله بين دفتي كتاب واحد؛ إذ كانت قضايا الأسرة - كما رأينا - محكومة بقوانين متجزئة المواضيع، متخصصة الاهتمامات، مما جعل معقد الانتكال على الاجتهاد القضائي والسلطة الواسعة الموكولة للقاضي في التقدير، واختيار الأحكام للنوازل المنظورة والقضايا المسطورة بين يديه، لتنزيلها عليها¹.

وهكذا بقيت المنظومة القانونية منقوصة من قانون أسرة شامل زهاء 21 سنة، إلى أن جاء القانون رقم 84-11 الصادر بتاريخ 09 يونيو 1984م، والذي عدّ بحق أول تشريع كامل متكامل لقضايا الأسرة وإدارة شؤونها وفق مبادئ الشريعة الإسلامية والقيم الحضارية التي يختص بها المجتمع الجزائري؛ إذ تضمن تبويبه أربعة كتب مستهلة بأحكام عامة، وموزعة على مئتين وأربعة وعشرين مادة، وفق التالي:

أ- الكتاب الأول: واشتمل على بابين اثنين، استقل الأول منهما بتنظيم أحكام عقد الزواج صحة وآثارها، بينما ارتبط الباب الثاني بمسائل الفرق والانحلال الزوجيين؛ فعالج الطلاق وآثار الزواج من نفقة وعدة وحضانة.

ب- الكتاب الثاني: خصصه المشرع لأنظمة الرعاية والخاصة بالقصر وعديمي الأهلية، ونظم فيه مسائل الولاية والوصاية والتقدم والحجر والغيبة والفقد والكفالة.

ج- الكتاب الثالث: تطرق فيه لأحكام التركة، فبين أسباب الميراث وموانعه وأصناف الورثة والحجب والرد والتنزيل وبعض المسائل الخاصة؛ كالأكدية والمشتركة والغراوين...

د- الكتاب الرابع: وضمنه التبرعات من وصية وهبة ووقف، ليختمه كما بدأه بقواعد عامة ختامية متعلقة بالتطبيق الشخصي والإقليمي لقانون الأسرة، ومصادر الاستمداد القانوني فيه حال عدم النص، مع بيان مقتضب لعلاقته بما سبقه من قوانين مشتركة الأحكام.

هذا وقد أبان المشرع الجزائري في مواد قانون الأسرة عن جملة مزايا تقنينية ذات صلة بالصناعة التشريعية، وأخرى موضوعية نجملها فيما يلي:

أ- الاستمداد الشرعي: حيث استقى المشرع أحكام هذا القانون من منصوص الفقه الإسلامي؛ سيما المالكي منه، والذي طبع على أغلب أحكامه، مع ثبوت الأخذ من روافد باقي المذاهب الأخرى في بعض الجزئيات، وفق ما تقتضيه حاجات العصر الاجتماعية، وتتقوم به مصالح الأسرة الجزائرية في ذلك الوقت².

¹ - H. Leila: *Les Difficultés De Codification Du Droit De La Famille Algérienne*, Revue Internationale De Droit Comparé, Algérie, Vol 37, N 4, Octobre-Décembre 1985, p 1001.

² - خرج المشرع الجزائري عن أحكام المذهب المالكي في بعض المسائل التي دعت الضرورة والمصلحة الأخذ بها؛ كتزويج الصغار وآثار العدول عن الخطبة وغيرها...

ب-دقة التبويب وشمولية الإحاطة: إذ اعتمد المشرع منهجا منطقيا سلسا في رصفه لمحاور القانون الأسري، وترتيب أحكامه وتبويب مواده، مما منحه مكنة جيدة للإحاطة الجمعية الواعية لكبريات المواضيع المعنية بالتنظيم الأسري ودقائق جزئياتها؛ حيث انطلق من مقدمات الزواج، ليتطرق إلى جوهر العقد فيه إبراما وتسجيلا، ثم نظم طرق انحلاله ورفع قيد العصمة فيه، ليخلص بعدها إلى الآثار المادية والمالية لذلك كله، ثم اختتم التقنين بأحكام التبرعات.

ج-الصياغة الرصينة: إذ أبان المشرع الجزائري عن حنكة وخبرة نافذتين في صياغته لقانون الأسرة، وهو ما جعل التقنين الأسري يبرز في هذه الصنعة باقي التقنيات السابقة؛ إذ اعتمد الحيك الجيد للنصوص، واللغة الواضحة الموجزة، والأسلوب الرصين المبسط، مما جعله يتفوق على القانون المدني والتجاري في هذا المجال¹.

د-الإحالة على أحكام الشريعة: إذ نصّ القانون في مادته 222 على أنه في حالة الفراغ التشريعي، فإن مستمد الأحكام ومستقاهها هو مبادئ الشرع الحنيف وقواعده، دون تقييد أو حجر على رأي دون آخر أو مذهب دون غيره، وفي ذلك فتح لباب التيسير على القضاة حتى يحكموا بما يناسب ويتلاءم وأحكام الواقع المعاش، وبحسب أحوال الأشخاص، وظروفهم المتلبسة بالوقائع القانونية.

و-مراعات الخصوصية القيمة للمجتمع: والتي تتجلى من خلال مجارة التشريع الأسري لقيم وتقاليد المجتمع الجزائري، وما جرى عليه عريق عاداته؛ إذ يظهر من طبيعة الأحكام الفقهية الموظفة في هذا التنظيم التشريعي والألفاظ المعتمدة في الصياغة انسجامها مع المنظومة العرفية للمجتمع، وهذا ما أكبسه القبول والاستحسان في قلوب غالبية الشعب الجزائري، ولا أدلّ على ذلك من اعتماد الفاتحة ونظام الولاية على الزواج وغيرها..

غير أنه -وككل تجربة جديدة يمكن أن يعثرها النقص والتقصير- احتدم جدل عريض بشأنه، ولوحظت عليه جملة من الانتقادات، وسجلت عليه بعض النقائص والإغفالات، والتي يمكن التمثيل لها بما يلي:

أ-الأخطاء المادية: إذ تضمن قانون الأسرة بعض الأخطاء اللغوية التي تُربك المعنى، وتورث النص الالتباس؛ من ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 30: "المحصنة والمعتدة من طلاق أو وفاة، والمطلقة ثلاثا، والتي تزيد عن العدة المرخص به شرعا"، والصحيح هو "العدد المرخص به شرعا"، أما الفقرة الثانية فنصت على: "ويحرم الجمع بين الأختين وبين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب

¹ - سليمان، علي، حول قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية بجامعة الجزائر، الجزائر، مج 24، ع 02، جوان 1986، ص 445.

أو لأم من الرضاع"، والصواب هو إحالة نوع القرابة على الأختين دون سواهما¹.

ب-التناقض والغموض: شاب تقنين الأسرة غموض وتضاد اكتنف بضعة مواضع منه؛ من ذلك ما وقع للمشرع من خلط بين الفسخ والإبطال في عقود الزواج، والذي نظمته المواد 32-35، إذ ورغم اعتماده لمبدأ التمييز بين الفساد والبطلان في العقد اعتدادا بالرأي الحنفي، إلا أنه أخطأ في إسناد الأثر الصحيح لكل منهما؛ فالبطلان أثر لكل عقد لم يكن مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه، فالعقد ميت ابتداء وانتهاء باختلال ركن أو شرط صحة، أما الفسخ فهو أثر العقد الفاسد الذي قام مشروعاً بأصله دون وصفه، كأن يقترن بشرط فاسد مثلاً، وعليه نجد المواد 32-35 كلها تتكلم عن العقود الباطلة في حين أسند إليها المشرع أثر الفسخ "Résolution"، وكان الأولى بها الإبطال "Nul"، كما هو حال النص الفرنسي². كما يلاحظ وجود تضارب بين نصوص هذه المواد؛ إذ المادة 32 مثلاً ترتب الفسخ على العقد المشتمل لشروط تنافى ومقتضياته، في حين تقرر المادة 35 إبطال الشرط وتصحيح العقد؟! وامتد أثر هذا العيب ليشمل النصوص القانونية للتقنينات الأخرى، والتي تضاربت معها في الأحكام خصوصاً فيما تعلق منها بالأهلية وسن الترشيد المدني والقضائي المنصوصين بالقانون المدني والأسري قبل التعديل³.

ج-اعتماد الإحالة المخلة: كما هو الحال بالنسبة للمادة 53 منه والمتعلقة بحالات طلب التطبيق؛ فقد أحالت في فقرتها الأولى على ثلاث مواد تالية لها من ذات القانون، ونصها: "عدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه، ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعات المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون"، بينما أحال بندها السادس على مادتين مختلفتي الموضوع، إذ جاء فيه: "كل ضرر معتبر شرعاً، ولاسيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و 37 أعلاه"، وهذا ومثيلاته من مُربكات الفهم، ومواطن النقص في الصياغة التشريعية.

د-مخالفة الشريعة الإسلامية في بعض جوانبه: إذ ورد على سبيل التمثيل في الفصل الأول من باب انحلال الزواج النص في فحوى المادة 49 على أن الطلاق المعتبر قانوناً هو فقط الذي يثبت بموجب حكم قضائي بعد محاولة الصلح، وبالتالي فلا اعتبار بأي طلاق شفهي يتلفظ به الزوج، ولا قيمة قانونية له ما دام لم يسند بحكم من القاضي، وينجم عن صدور الطلاق القضائي أن تبين الزوجة من زوجها بينونة صغرى

¹ - ورد بالقانون الأسري العديد من الهفوات اللغوية أثناء طباعته، للاستزادة ينظر: سليمان، علي، علي، حول قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 442.

² - أكد المشرع الجزائري هذا الخلط والتضارب بالمادة 40 من قانون الأسرة.

³ - جعفرور، محمد سعيد، نظرات في بعض أوجه التناقض بين التقنين المدني وتقنين الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية بجامعة الجزائر، الجزائر، مج 39، ع 03، جوان 2001، ص 31. سليمان، علي، حول قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 441 وما بعدها.

يحتاج معها الزوج إن أراد مراجعة زوجته إلى عقد جديد مستوف الأركان والشروط، كما نصت على ذلك المادة 50: "من راجع زوجته أثناء الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، وهذا يعني عدم أخذ المشرع الجزائري بالطلاق الرجعي وعدم الاعتداد به، أو في أقل الأحوال الإخلال بالضوابط الشرعية المترتبة عن الطلاق الشفهي المتلفظ به من الزوج، من حيث العدد والنوع وآثار ذلك على العصمة الزوجية، ما دام النص عاما ومطلقا. في حين يوحي لفظ "من راجع زوجته.." الوارد بالمادة بخلاف ذلك؛ إذ لا تتحقق هذه المراجعة إلا بعد وقوع طلاق، وإلا فلا معنى للنص على المراجعة هنا، وهو ما يعني اعتداد المشرع بالطلاق الشفهي الذي تلفظ به الزوج قبلا، وما يزيد هذا الرأي تأكيدا نص ذات المادة على عدم حاجة الزوج في مراجعته لزوجته إلى عقد جديد، وهو ذات المفهوم المتضمن في الطلاق الرجعي، ولو تعلق الأمر بمجرد نزاع زوجي عادي لما استدعى الحال من المشرع هذا البيان. وعدم إزاحة هذا اللبس يقود -لا محالة- إلى استشارة مشاكل شرعية أخرى سيما مع طول إجراءات الصلح وتأخر الفصل في دعاوى الطلاق؛ فمن الممكن تصور حصول تضارب بين العدة الشرعية والعدة القانونية من حيث مبتدأ الحساب ومنتهاه، وما ينجم عن ذلك من انعكاسات غير شرعية فيما يختص بآثار الزواج السابق أو استئناف زواج جديد.

و-السقط والتكرار: تضمن قانون الأسرة القديم تكرار بعض المسائل في مواضع عدة من مواده؛ فأركان الزواج المذكورة بالمواد 9-10-11-12-13-32-33-34، كما أعيد ذكر ذات الحقوق الزوجية في العديد من المواطن من القانون كالمادة 36-37-39. أما السقط فشمّل قانون الأسرة مواطن نقص أغفل المشرع فيها أمورا مستوجبة الذكر؛ كما في موانع الإرث التي أسقط القانون ذكر اختلاف الدين إلى جانب القتل العمد والمساهمة فيه، ومن ذلك أيضا إسقاط فرض الأخت مع الجد في مسألة الخرقاء ومسائل المعادة، وغيرها...¹

وهذه الهفوات التشريعية والنقائص الموضوعية في قانون الأسرة هي ما حمل المجتمع -في خضم هذا النقاش المحتدم بشأن قانون الأسرة- على الانقسام على آراء ثلاثة هي:

أ- طرف ينادي بالإلغاء، لأنه يرى في هذا القانون هضمًا لحقوق المرأة ومساسا صارخا بكرامتها، لمخالفته مبدأ المساواة المنصوص بالدستور، والمجسد بالاتفاقيات الدولية المبرمة².

1 - بوكركب، عبد المجيد، تقنين الأحكام الشرعية ودورها في اثراء المنظومة القانونية الجزائرية، ثبت ندوة القضاء الشرعي في العصر الحديث، جامعة الشارقة، 1427هـ، ج 31، ص 38.

2 - نهايلي، حفيظة، تعديلات قانون الأسرة بين الدافع والضرورة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية بجامعة الحلفة، الجزائر، ع4، 2010، ص 201 وما بعدها.. بلحاج، العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص 20.

ب- طرف ينادي بالإبقاء، لأنه يعتبر قانون الأسرة التجسيد الطبيعي والمنطقي لمبادئ الشريعة الإسلامية، دين الدولة ومصدر تشريعها كما هو نص الدستور¹.

ج- طرف ينادي بالإثراء، والذي يعتقد أصحابه أن قانون الأسرة، وإن كان مستقاه الشرع الحكيم، غير أن أحكامه لا تعدو أن تكون مجرد اجتهادات فقهية صيغت لزمن وبيئة مخصوصتين، قد لا يصلح بعضها لزماننا مع طول المدة، ولا يتناسب تنزيلها على بيئتنا مع التطور والاختلاف، وعليه فلا مناص من إعادة النظر في بعض هذه الجوانب لتحقيق الملاءمة والانسجام والوثام مع المسائل المستجدة.

3-مرحلة ما بعد إصلاح 2005م:

ولقد كان مقدرًا لهذا النزاع أن يطول لمدة واحد وعشرين سنة أخرى، حتى جاء الأمر 02-05 ليحسد خيار التغيير الجذري الموسع للقضايا الجوهرية في التقنين الأسري، إذ طال ما يقرب 42 نصا بين الإلغاء والتغيير والإضافة، ثم تعضد هذا النهج بإنشاء صندوق النفقة بالقانون 15-201، مما يستوجب التوقف عند هاتين المخطتين التشريعتين المهمتين:

أ-تعديلات الأمر 02-05:

ولأن الحكم على أي إصلاح بالنجاح أو الفشل مرهون بإتاحة الفرصة له للتجريب والتجسيد في أرض الواقع، حتى يكون الحكم مرفولا بالصدقية ومشمولا بالموضوعية، فإن بحث هذه التعديلات ودراسة تلك الإصلاحات بعد عشر سنوات يصبح ضرورة ملحة لوزن مدى المناسبة والملاءمة في اختيار القواعد التي تحكم المناط العام للتنظيم الأسري في الجزائر، ولأن مساحة هذا البحث لا تسمح بهذا القدر الهائل من الاستقصاء، فإنه يمكن ملاحظة جملة نقاط مهمة على التعديل الأخير نختصرها في البنود التالية:

-غياب المرجعية الشرعية عن بعض تعديلاته: وذلك بيّن في حالة إسقاط دور الولي في إبرام عقد الزواج باعتباره ركنا فيه، وقصر هذا الدور على مجرد الحضور مع تعريته من كل الضوابط الشرعية المنصوصة فقها في تعيينه وانتقائه وترتيبه، والتعلل لذلك برأي أبي حنيفة حجة أسقط من أن يرد عليها، إذ الفقه متفق على عدم تجويز مثل هذا التلفيق، ومن شواهد التنصل من المرجعية الشرعية للأحكام المعدلة مسألة الترتيب المبتدع للحاضنين، والذي لم يرد بمثله رأي فقهي معتبر، وغيره من المسائل.

-تكريس مبادئ والتزامات الاتفاقيات الدولية: وهذا ما صرح به المشرع نفسه في ديباجة التعديل³,

¹ - نهايلي، حفيظة، تعديلات قانون الأسرة بين الدافع والضرورة، مرجع سابق، ص 203.

² - القانون رقم 15-01، المتعلق بإنشاء صندوق النفقة، الصادر بتاريخ 04 يناير 2015 م. الجريدة الرسمية، في 07 يناير 2015م، ع 01، ص 07.

³ - مشروع قانون الأسرة، جريدة صوت الأحرار، السبت 5 مارس 2005، ص 8.

الذي أشار إلى أن علة هذا التعديل وسببه هو التغير الاجتماعي الحاصل للأسرة الجزائرية التي انتقلت من النظام الممتد إلى الأسر النووية المتعاونة، وهو ما يستدعي تكريس المساواة بين الزوجين في إبرام عقد الزواج بإلغاء الولاية على المرأة الراشدة، وجعل الزواج رضائيا بينهما فقط، ومنع التعدد وغيرها من المسائل التي تعلق فيه المشرع بإقامة الانسجام مع التزامات الدولة تجاه الاتفاقيات الدولية والمواثيق الإنسانية المبرمة والمصادق عليها من طرف المشرع، خصوصا ما تعلق منها بالقضاء على أشكال التمييز ضد المرأة (CEDAW)¹، وتكريس حقوق الطفل²، واتفاقيات حقوق الإنسان³. ولعل العلة الأقرب للتعقل هي أن هذا النهج محرز للمشرع فرصة التنصل من التحفظات المدرجة من طرفه ضمن تلك الاتفاقيات، ليتسنى له -مناصرة لتوجهات أيديولوجية معينة- إظهار التوافق بين المنظومة التشريعية الداخلية فيما يخص الأسرة، والتطور القانوني الحاصل على المستوى الدولي⁴.

-تبني حلول ترفيحية: فيما يخص بعض المسائل الجوهرية، والتي تتطلب الحسم والقطع على الوفاق الشرعي ومقتضيات المصلحة، بدل ابتغاء المسالك المجترزة والسبل المتقطعة في مداواتها، ولعل مسألة سكنى

1 - وقّعت الجزائر بتحفظ على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بالمرسوم الرئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 22 يناير 1996، جريدة رسمية، 24 يناير 1996، ع 06، ص 04.

2 - صودق على الاتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992، جريدة رسمية، 23 ديسمبر 1992، ع 91، ص 2318.

3 - وأهم مبادئ هذه الاتفاقية: حق المرأة في اختيار زوجها وتوليها بنفسها إبرام هذا العقد الجوهري، وقد جاء في المادة 24 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية: "...لا ينعقد أي زواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء كاملا لا إكراه فيه. تتخذ الدول الأطراف في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوى حقوق الزوجين وواجباتهما لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله"، كما نصت المادة 16 من: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة:

(أ) نفس الحق في عقد الزواج،

(ب) نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل،

(ج) نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه،

(ح) نفس الحقوق والمسؤوليات بوصفهما أبوين، بغض النظر عن حالتهم الزوجية، في الأمور المتعلقة بأطفالهما وفي جميع الأحوال، يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول،

(هـ) نفس الحقوق في أن تقرر، بحرية وإبداءك للنتائج، عدد أطفالها والفاصل بين الطفل والذي يليه، وفي الحصول على المعلومات والتثقيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق،

(د) نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم...". وقد انضمت الجزائر إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الاختياري له مع تسجيل تحفظات عليها، وصدر بذلك المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16 ماي 1989، جريدة رسمية، 17 مايو 1989، ع 20، ص 531.

4 - طلب رئيس الدولة قبل صدور التعديل بعام تقريبا من حكومته آنذاك اتخاذ كل الإجراءات اللازمة لمواءمة التشريعات الوطنية مع التطور القانوني الدولي، وإعادة لنظر في وجهة التحفظات التي ابدتها الجزائر وقت التصديق على تلك الاتفاقيات سيما ما تعلق منها بحقوق المرأة. تنظر: وثيقة اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة في دورتها الثانية والثلاثين، 10-28 يناير 2005م، ص 4. منشورة على الموقع الإلكتروني:

تاريخ الاطلاع 2016/08/20. <http://hrlibrary.umn.edu/arabic/CEDAW1155.pdf>

المخضون خير مثال على ذلك؛ فهي من القضايا القلائل التي حازت الاتفاق بين مؤيدي قانون 84-11 ومعارضيه، غير أن علاجها على النحو الترقيعي الحاصل واقعا، أورت المرأة والمخضونين متاعب جمّة، بسبب الغموض والعموم الذي يطبع نص المادة 72 من قانون الأسرة، والتي خلت من ضبط الأحوال التي يتعين فيها توفير سكن الحضانة، أو معايير ملاءمتها لها، أو الأحوال التي يتعين فيها دفع بدل الإيجار. كما يمكن التمثيل لهذه الثلمة بالثغرات الملامسة لمسألة التعدد، والتي أشاعت الزواج العربي في الجزائر، كونه الملجأ الآمن و الأيسر للأزواج الذين يريدون التعدد، وهو ما أركس -في حالات غير قليلة- الحياة الزوجية، وأوقع الفرقة فيها، بسبب ضياع مقاطع الحقوق، وعدم توافر ضمانتها بالتسجيل، مع ما في ذلك من تشريد للأولاد وإضاعة لحقوقهم في النسب أولا، وفي توابع والتزامات البنوة ثانيا.

-التغاضي عن المسائل الحاسمة والإشكالات المصيرية: كقضية النفقة التي أعييت الكثير من المطلقات، وشردت عشرات الآلاف من الأولاد، في سبيل اقتضاء حقهم من الآباء المتعنتين والممانعين في دفعها، رغم صدور أحكام تنفيذية نهائية بهذا الخصوص، كما يمكن النمذجة لذلك بالحاجة التشريعية الملحة لمعالجة الكثرة المطردة لحالات الطلاق، وارتفاع بورصة الفرق الزوجية، ولهب سوق الخلع، من خلال تفعيل آلية الصلح وإسناده إلى هيئة مقتدرة ومستقلة، لتنهض بهذا الواجب الحيوي، فضلا عن السعي لإيجاد سبل لتيسير الزواج والتقليل من حالات العنوسة التي مسّت بأوارها ملايين الأسر الجزائرية¹، وهي كلها قضايا تحمل في طياتها -إن لم تستعجل معالجتها- نذر شر مستطير على المجتمع برمّته.

ب-إنشاء صندوق النفقة:

بسبب الارتفاع الرهيب لحالات الطلاق² وفشل آلية اقتضاء الحقوق المادية المترتبة عن انفصام العرى الزوجية³، استحدثت المشرع الجزائري صندوق النفقة بموجب القانون 15-01 باعتباره سبيلا حثيئا للمطلقات وأبنائهن، يحفظهم من لأواء الاحتياج والفاقة، ويكفيهم مؤنة التخبط في متاهات التنفيذ

1 - بلحاج، العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، وفق آخر التعديلات، مرجع سابق، ج1، ص 42.

2 - تشير الأرقام والنسب الصادرة عن دائرة الإحصاء بوزارة العدل لسنة 2014 إلى أن الطلاق بلغ نسبيا قياسية غير معهودة؛ حيث تنفك 166 أسرة يوميا، بمعدل حالة طلاق كل عشر دقائق. مما ينجم عنه أضرار ما يقرب من 60 ألف أسرة سنويا، وتشرّد ما ينبو عن 100 ألف طفل قاصر. والسبب الرئيس لهذا التنفك الاجتماعي هو غياب روح المسؤولية والتسرع في اتخاذ القرارات المصيرية للأسرة. حوام، بلقاسم: حالة طلاق جديدة كل عشر دقائق، جريدة الشروق اليومي، الأربعاء 24 سبتمبر 2014، ع 4507، ص17.

3 - كشف وزير العدل حافظ الأختام أن نسبة تنفيذ الأحكام القضائية المتعلقة بالنفقة الأسرية لا تعدو العشر 10/1 أي بواقع 2498 حكم مدني فقط. كما لم تعد المتابعة الجزائرية الحل الوافي الذي تترجيه كل مطلقة أو مخضون، إذ لم يسجل بهذا الصدد سوى 6420 حكما. وتنعكس هذه الأرقام عجزا ذريعا في تنفيذ الأحكام، بسبب التماطل والتملص الذي يمارسه الأزواج المدينون بالنفقة، مستغلين في ذلك ضعف آلية التنفيذ وبطء إجراءاته. مما يؤول بالمطلقات إلى اليأس التام من قدرة مرفق القضاء على تحصيل المستحقات المالية المترتبة لهن ولخضونيهن. سعد الله، الطيب: لوح: لم ينفذ إلا 2500 حكم قضائي على أبناء المطلقات خلال السنة القضائية، جريدة الجزائر، الثلاثاء 11 نوفمبر 2014، ع 1047، ص03.

المتعذر، بدعوى إعاقة الزوج أو تعنته أو تخريبه من هذا الواجب الحيوي.

وتقوم هذه الضمانة الاجتماعية المستجدة على أداء المستحقات المالية المستوجبة للمطلقات ومحتضونهم على نحو استعجالي، وفق ما يقضي به السند القضائي المحدد للنفقة. ويتوجب على قاضي شؤون الأسرة البت في الأمر خلال أيام من تاريخ استلام الطلب، بموجب أمر ولائي غير قابل لأي طعن، لتتولى بعدها مصالح مديرية النشاط الاجتماعي - في حدود أجل لا يتعدى 25 يوما - بصرف المستحقات المالية للمستفيد، عبر تحويل بنكي أو بريدي. ويستمر هذا الصرف بصفة دورية كل شهر طيلة المدة المحددة بأمر الاستفادة، ولا يتوقف إلا في حال قرر المدين تنفيذ الحكم القاضي بالنفقة، وإذا حدث ما يستوجب التأثير في استحقاق أو تقدير النفقة فإنه يتعين على المستفيد إعلام رئيس قسم شؤون الأسرة بالمحكمة الكائنة بموطن الدائن بالنفقة خلال 10 أيام.

وفي كل الأحوال فإن صندوق النفقة يؤدي دورا نيايبيا عن الأزواج المدينين بأداء النفقات المستحقة عليهم، ليقوم بعدها باستخلاص الأموال المدفوعة من ذمم مدينيها عبر أوامر تحصيل الإيرادات في صيغتها الطوعية أو الجبرية.

وقد حصر قانون صندوق النفقة في مادته الثانية أسباب انقضاء الأحقية في الاستفادة من جريات الصندوق في حالتين اثنتين هما: ثبوت دفع النفقة من قبل المدين، وسقوط الحق في الحضانة أو انقضاءها. ويجسد قانون 01-15 مكسبا تشريعا رائدا¹، وإنجازا اجتماعيا مهما، يرتجى منه تفعيل قيم التضامن، وتجسيد مبادئ التكافل في المجتمع؛ من خلال حلحلة الكثير من مشاكل الفئات الهشة والضعيفة، وحفظ كرامتها وصون حقوقها في الحصول على مستحقاتها المالية. غير أن التجربة التشريعية للجزائر في هذا المجال من خلال القانون 01-15 لا زالت تفتقد إلى الآليات الفاعلة لإنجاح هذا المشروع، وبلوغ النجاعة المرجحة منه. ويعزى ذلك إلى القصور الذي شابهه على مستوى التخطيط التقني والتنظيم الموضوعي للتشريع، وفيما يلي رصد لجوانب هذا الخلل:

1- على المستوى التقني: لم يحقق المشرع التغطية التشريعية المطلوبة في تنظيمه لأحكام الصندوق، مما حال بينه وبين التجسيد والتفعيل على أرض الواقع، بسبب تأخر سنّ النصوص التنظيمية والقرارات المكملة، والتي أحال عليها قانون صندوق النفقة في أربعة مواضع منه. وأوكل إليها تنظيم مهام جوهرية، يستحيل تنفيذ القانون الأصلي في غيابها، سيما ما تعلق منها بتحديد طبيعة الوثائق والسندات الواجب تضمينها في ملف الاستفادة، فضلا عن تأطير العلاقة بين جهازي كل من وزارة التضامن الوطني من جهة،

¹ - مازال هذا المشروع بكرة على التقنيات الأسرية العربية؛ إذ لم يحظ بالتنظيم التشريعي إلا في خمس دول هي تونس بالقانون رقم 65 لسنة 1993، ومصر بالقانون 01-2000، والبحرين بالقانون رقم 34-2005، وفلسطين بالقانون 06-2005، والمغرب بالقانون رقم 10-41 لسنة 2010.

وبين أمناء الخزان من جهة ثانية باعتبار الأولى هي الأمرة بالصراف الرئيس، أما الجهة الثانية فأوكلت إليها مهمة المحاسبة العمومية للأعمال المالية للصندوق. وما لم تتحدد طبيعة هذه العلاقة على وجه التدقيق، فلن يكون هناك إنفاذ ولا صرف للمخصصات المالية في حساب المطلقات والمحضونين.

2- أما على مستوى التنظيم الموضوعي، ومضامينه التشريعية فلنلاحظ أن:

- حصر الاستفادة من مخصصات الصندوق النفقة في فئتي المطلقات والمحضونين فيه حيف وإجحاف بحق شرائح اجتماعية عديدة؛ هي أحوج إلى عون وسند الدولة كالأرامل، والأيتام، والأسر التي يعاني عائلها من عجز مرضي أو إعاقة مانعة من الكسب، وكذا الأبناء الذين هم ضحايا زواج عربي لم يثبت... ومن شأن ذلك أن يشكك في مصداقية المشروع برمته، ويهز الثقة في غاية التأزر الاجتماعي المبتغاة منه.

- قصر ضوابط الاستفادة من الصندوق في تعذر تنفيذ السند القضائي على نحو كلي أو جزئي يضفي اللبس والغموض على طريقة عمل الصندوق، بسبب ما يتفصد عنه من إشكالات تعترض القضاة عند التطبيق. وقد تهدد نجاح المشروع برمته، مع لجوء المدنين إلى التحايل والمعارضة بادعاء يسار الدائن، أو عجزهم عن الوفاء بالمستحقات المالية المترتبة في ذمهم...

- رغم ضبط قانون صندوق النفقة لمدة صرف المستحقات للمطلقات والمحضونين بـ 25 يوما وهي مدة وإن كانت أوجز بكثير مما كانت تستغرقه الإجراءات السالفة، غير أنه يبقى في الوسع تقليصها إلى النصف (12 أو 10 أيام). كون عملية الصرف هنا لا تتطلب أكثر من فتح بسيط لاعتمادات مالية بقدر المخصصات المستحقة.

- لا بد من تقوية الرقابة القضائية البعدية على عمل الاستفادة وتفعيلها، من خلال إلزام المستفيد بتعيين الوثائق الثبوتية المشترطة في ملف الاستفادة خلال مدد متوسطة، منعا لكل تحايل من شأنه نيل مخصص مالي من غير وجهه المستحق.

- ينبغي شفع الصندوق وتدعيمه بآليات ناجعة لإنجاح عملية تحصيل موارده من المبالغ المدفوعة والمستحقة في ذمة الأزواج المدنين، من خلال تفعيل ميكانيزم البحث والتحقيق والمتابعة الاجتماعية، مع إسدائها إلى خبراء في الاختصاص، لتنوير القضاء ومساعدته في معرفة الأوضاع المالية والاجتماعية الحقيقية للأزواج دائنين ومدنين. ومنه الوصول إلى أحكام عادلة بخصوص الاستفادة من عوائد الصندوق، وتحصيل موارده. والأكد أن ذلك لا يتأتى إلا من خلال توافر موارد بشرية معتبرة، وتأطيرها بكادر إداري مؤهل ومدرب، لأجل ضمان فاعلية أفضل لعمل الصندوق، وتحسين وتطوير أدائه.

- إناطة التشريع انقضاء الاستفادة من الصندوق بانتهاء مدة الحضانة أو سقوطها لا يفي باحتياجات المحضونين، ولا يحقق لهم الحماية والاستقرار الأسري المنشود. سيما في حالة امتناع العائل عن ضم أبنائه إليه بعد الحضانة، فضلا عن تقديم النفقات الواجبة لهم. بسبب انشغاله بتكوين أسرة جديدة، أو استخدام

الأبناء كحذوة انتقام في صراعه مع أمهم. فهل يترك هؤلاء للضياع والتشرد في مثل هذه السن؟؟ لذا وجب على المشرع استدراك هذه الثغرة، وضبط استحقاق الاستفادة من الصندوق وفق المحددات الزمنية المقررة للنفقة في قانون الأسرة.

- عدم نص المشرع على حالة ثبوت يسار الزوجة، كمسقط من مسقطات الإستفادة من موارد صندوق النفقة يمكن أن يثير شبهة التصادم والتضارب بين التشريع الأسري، والقانون 01-15 لدى القضاة والقائمين على الصندوق.

- يلاحظ القصور التشريعي بخصوص تنظيم القانون للأحكام المالية للصندوق من جهة التمويل؛ فعدم إدراج نصيب صندوق النفقة من السياسة الجبائية في قانون المالية لسنة 2015 ينبغي أن يتدارك بسنّ قانون تكميلي. وإلا فإن مبلغ 100 مليار سنتيم المرصودة من الحكومة لن يفي بمعشار النفقات الواجبة في حق الصندوق، كما أن عدم تطرق المشرع إلى بند استثمار أموال الصندوق، حرمة من موارد مالية معتبرة يمكن أن تتوسع بها دائرة المستفيدين، ويرتفع بها سقف استفادتهم.

- ينبغي للمشرع الجزائري النهل من التجارب التشريعية العربية السابقة، والاستفادة من كل الخصائص والمقومات الإيجابية المتضمنة فيها لإنجاح عمل صندوق النفقة. سيما ما تعلق منها بالإعداد الاجتماعي المسبق، والتهيئة التوعوية للمشروع. إذ ينبغي أن يسبق دخول الصندوق حيز التطبيق، أو يسايره على الأقل القيام بعمل دعائي شامل للتوعية بأهداف الصندوق، والتعريف بآليات عمله، وضوابط الاستفادة من عوائده، وذلك من أجل تفادي المحاذير العكسية للإصلاحات المتعجلة والتي تتسبب غالبا في تحقيق عكس مقصودها، وتعديل قانون الأسرة الأخير خير دليل على ذلك.

المطلب الثاني: الضوابط الناظمة للاجتهاد التزيلي في الاجتهاد القضائي

ينهض الاجتهاد القضائي بدور فاعل في أداء عملية التزيل القانوني في مسائل الأحوال الشخصية؛ من حيث سعيه -من جهة- إلى تطبيق القواعد القانونية المتضمنة بالتشريع الأسري على ما يلائمها من الدعاوى المطروحة للفصل، كما يتولى -من جهة أخرى- مهمة الرقابة على صحة هذا التزيل وضمان سلامته، من خلال إعادة النظر التي تجريها الهيئات القضائية على الأحكام والقرارات الصادرة من الهيئات الأدنى. ولتجلية هذا الموضوع أكثر نقوم في هذا المطلب بدراسة ومبحث مفهوم الاجتهاد القضائي في فرع أول، يتلوه تتبع للضوابط الناظمة له على مستوى القائم به في فرع ثان، ثم المعايير الضابطة للفعل القضائي ذاته في فرع ثالث، يتلوه فرع أخير نضمّنه الفعل الرقابي المسند على العمل القضائي كضمانة لحسن التجسيد وإصابة الإسقاط القانوني على محالّها الوقائية.

الفرع الأول: تعريف الاجتهاد القضائي

نبحث في هذا الفرع تعريف الاجتهاد القضائي من جهة اللغة والاصطلاح، ونرصد تطوره التاريخي منذ العهد العثماني، لنقوم -بعدها- بالإطلالة على أجهزة التنظيم القضائي الأسري بالجزائر بمختلف مستوياتها.

أولاً-تعريف الاجتهاد القضائي لغة:

1-الاجتهاد لغة:

سلفت الإشارة إلى المعنى اللغوي للفظه الاجتهاد مع مستهل هذا البحث، وقد خلصنا إلى أنها مصدر اجتهد، وأصله من جَهد من الجهد بمعنى المشقة والطاقة، ولا يكون إلا فيما فيه كلفة، وعسر، وصعوبة.

2- القضاء لغة:

القاف والضاد والحرف المعتل أصل صحيح يدل على إحكام الأمر وإتقانه وإنفاذه لجهته، ومنه قوله الله تعالى: ﴿فَقَضَّاهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ﴾¹، أي أحكم خلقهن. والقضاء في الوضع اللغوي له معان عديدة أهمها:²

-الحكم والفصل: نحو قوله جل وعز: ﴿وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِنْ رَبِّكَ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى لَّفُضِيَ بَيْنَهُمْ﴾³؛ أي لفصل الحكم بينهم.

- الأمر الحتم: ومنه قوله تعالى ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾⁴؛ ومعناه: أمر ربك.

-الصنع والتقدير: كقوله تعالى: ﴿فَأَقْضِ مَا أَنْتَ قَاضٍ إِنَّمَا تَقْضِي هَذِهِ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا﴾⁵، أي: إصنع ما أنت صانع.

- الوصية والانفاذ: نحو قوله تعالى: ﴿وَقَضَيْنَا إِلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ﴾⁶؛ أي عهدنا، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْجَلْ بِالْقُرْآنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يُقْضَىٰ إِلَيْكَ وَحْيُهُ﴾⁷؛ أي من قبل أن يبين لك بيانه.

¹ -[سورة فصلت: الآية 12]

² - ابن فارس، أحمد: مجمل اللغة، مرجع سابق، ص 757 وما بعدها. ابن سيده، أبو الحسن: المحكم والمحيط الأعظم، مرجع سابق، ج 6، ص 482. ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 15، ص 187. الهروي، ابن منصور: تهذيب اللغة، مرجع سابق، ج 9، ص 170.

³ -[سورة الشورى: الآية 14]

⁴ -[سورة الاسراء: الآية 23]

⁵ -[سورة طه: الآية 72]

⁶ -[سورة الاسراء: الآية 04]

⁷ -[سورة طه: الآية 114]

– الأداء والإنهاء: ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَضَيْنَا إِلَيْهِ ذَلِكَ الْأَمْرَ أَنَّ دَابِرَ هَتُؤَلَاءِ مَقْطُوعٌ مُصْبِحِينَ﴾¹؛ أي أنهينا إليه، وأبلغناه ذلك.

2- تعريف الاجتهاد القضائي اصطلاحاً:

الاجتهاد القضائي في العرف القانوني يحتمل معنيين؛ أحدهما عام، والآخر خاص:

أ- المعنى العام للاجتهاد القضائي:

ويعنى بالنظر الكمي للحمولة المعرفية التي يشغلها عمل القاضي؛ بحيث يعني وفقه الاجتهاد القضائي: "جملة القرارات والأحكام الصادرة عن الجهاز القضائي، والتي يراد بها فض نزاع، أو إيجاد حل لمشكل ما"². أو هو "عمل المكاشفة عن القانون الوضعي من طرف القضاة"³. كما يمكن حدّه -وفق ذلك- بأنه: "عملية تفسير لقاعدة قانونية محددة مختارة من طرف القاضي"⁴. فالاجتهاد القضائي -من هذه الوجهة- متعلق النظر بقاعدة قانونية حيّة، متصورة على نحو محدد كمنخرج لتفسير وترجمة القانون؛ مما يعطي القضاة سلطة فض النزاع المطروح أمامهم. فلا وجود ولا معنى للمعرفة القانونية في غياب المعرفة الاجتهادية، لأنها وحدها التي تحدد معنى، وطريقة تطبيق القاعدة القانونية على ما يناسبها من أوضاع واقعية، مما يجعلها مصدر التشريع في حال غياب هذا النص إلى جانب الشرع العربي والفقه.

ب- المعنى الخاص للاجتهاد القضائي:

ويركز هذا المعنى على الجانب الوظيفي لمرفق القضاء؛ من حيث بيان الدور المنوط بالجهاز القضائي وأدائه في التطبيق والتجسيد العملي للقواعد القانونية المعتمدة من طرف المشرع. فهو يقوم على تحليل العملية المعقدة التي يجريها القاضي أثناء نظره لحثيات الوقائع المطروحة بين يديه فهما وتكييفها، ليصل إلى قرنها بما يلائمها من نصوص قانونية، يستصدرها في شكل أحكام فاصلة وملزمة. وعليه فيكون تعريف الاجتهاد القضائي -من هذا الوجه- بأنه:

– "إصدار القاضي حكماً ظنياً فاصلاً للخصومة بشأن واقعة متنازع فيها للإلزام به"⁵.

¹ - [سورة الحجر: الآية 66]

² - J. L. Aubert: *Introduction Au Droit Et Theme Fondamentaux Du Droit Civil*, Siery, France, 15 ed, 2014, p131.

³ - J. L. Aubert: *Introduction Au Droit Et Theme Fondamentaux Du Droit Civil*, Ibid, p131.

⁴ - J. L. Aubert: *Introduction Au Droit Et Theme Fondamentaux Du Droit Civil*, Ibid, p131.

⁵ - الشقيرات، صالح: الاجتهاد القضائي فيما لا نص فيه وتطبيقاته في الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية، الأردن، 2007، ص

- أو هو: "استفراغ القاضي وسعه وطاقته، لتحصيل ظن بحكم شرعي فاصل في الخصومة في واقعة متنازع عليها، وملزم لأطرافها"¹.

والظاهر من هذا كله، أن الاجتهاد القضائي يقوم على مزاجعة عملية بين مهمات ثلاث متكاملة هي:

- فهم الواقعة وإدراك كنهها؛ عبر رؤية تفكيكية وتحليلية لجزئيات عناصرها.

- تكييف الواقعة، وتعيين حكمها من المصادر التشريعية؛ سواء أكانت منصوصة بالقانون، أم كانت

مستنتجة من أحكام الشريعة، أم كانت مبادئ عرفية، أو ...

- تنزيل وإسقاط هذا الحكم المستنبط على ما يلائمه من وقائع، وما يناسبه من حيثيات تتلبس

بأحوال الأشخاص، أو تكتنف ظروفهم المختلفة باختلاف البيئة، والعرف، والواقع، والزمن، وحتى الأشخاص، والأفراد.

فالقاضي ينزل بالحكم الكلي من عموميته إلى التشخيص والإفراد والتعيين، ويتحقق ذلك كله من خلال إسقاط النص القانوني من علياء التجريد والتنظير، ورفع الواقعة المنظورة -بالمقابل- من وهدة الواقع الذي تجسدت فيه، فيصل الأول بالثانية، ويوقع النص على النزاع المنظور وفق محددات وضوابط مخصوصة، يحكمها التقدير الشخصي والموضوعي للقاضي الذي ينظر النزاع.

ثانيا: تطور الاجتهاد القضائي الجزائري

1- القضاء الأسري قبل الاستقلال

أ- الاجتهاد القضائي الأسري في العهد العثماني:

خضعت أصول القضاء وإجراءاته أثناء المرحلة السابقة للاستعمار الفرنسي لأحكام وقواعد الشرع الإسلامي الحنيف. وكان معتمد الداي في تعيين القضاة هو المؤهل الشرعي، والسماة الخلقية النبيلة، التي يجب أن يتميز بها القاضي الشرعي، فضلا عن النباهة ورجاحة العقل². وتتولى مؤسسة العلماء «Uléma» الكائنة بالعاصمة، تحت نظر المفتي الإشراف العلمي والإداري على مرفق القضاء، وكانت المرجعية الفقهية للقضاء الشرعي متوزعة بين المذهبين الحنفي والمالكي، وإن كانت الأولوية للأول، باعتباره

¹ - العجلوني: عبد المهدي: قواعد تفسير النصوص وتطبيقاته في الاجتهاد القضائي الأردني، رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية، الأردن، 2005، ص 16.

² - J. Barbier: *Itinéraire Historique Et Descriptif De L'Algerie*, Hachette, France, 1855, p 35. C. Viollet: *Cotumes Et Institution De L'Algerie*, Challamel, France, 1871, p 374 et 375.

المذهب الرسمي للدولة العثمانية¹. ومنه فقد كانت قاعدة الهيكلية التنظيمية للقضاء آنذاك قائمة على الثنائية؛ محكمة للحنفية وأخرى للمالكية². وتتألف كل محكمة من قاض ومفت لكل مذهب بالنسبة للعاصمة.

كما يتم تعيين قاض أو أكثر للمدن الكبرى لإعانة حاكمها «Hakem» على إدارة شؤونها، والقيام بمصالح سكانها. أما المداشر فيعين لها قضاة أو شيوخ «cheik» ليتولوا النظر في القضايا البسيطة والمعتادة، ويحيلوا الهام منها إلى القضاة الأعلى شأنًا³. وكانت المحكمة آنذاك مؤلفة من قاض فرد "kadi" ويساعده عدة موظفين⁴:

-العدول "Adoul" يتولى العدل وباش العدل مهمة مراقبة سير الجلسة، ويضمنان سلامة الإجراءات وصحتها، وغالبا ما لا يزيد عددهم عن الاثنين.

-الكتاب "Khetabs": يضطلعون بالقيام بمكتب التوثيق، والقيام بمهام كتابة الضبط.

-الشهود "Témoins": يتولون الإشهاد على العهود والمواثيق التي يأخذها القاضي على أطراف القضية أو الاتفاقات التي يبرمونها، ويقومون بالإمضاء بعد القاضي عليها.

-الشاويش "Chaouchs": هم المحضرون الذين يمثلون شرطة مجلس القضاء، ويضمنون نظام جلساته، كما يتولون إحضار الخصوم إلى مجلس القضاء طواعية أو عنوة في بعض الأحيان.

لم يكن للقاضي الشرعي اختصاص نوعي محدد في ولاية نظر القضايا، فهو ينظر القضايا الأسرية كما ينظر المسائل التجارية والنزاعات الجنائية وغيرها⁵. ويتم النظر في شكل جلسات علنية ومفتوحة في الأسواق أو أمام المساجد، وفق إجراءات بسيطة تعتمد على المرافعة الشخصية والشفوية من أطراف القضية. وكان غالب معتمدتهم في الإثبات في شهادة العدول واليمين لإثبات ادعاءاتهم. وكان هذا الحق مكفولا لكل النساء سواء كانت المرأة عزباء أو متزوجة؛ إذ لا يملك أولياؤهن أو أزواجهن منعهن من حضور مجلس القاضي، والشكاية إليه بتظلماتهن. غير أنه كان يخصص لمن شبك خاص للمرافعة وتقديم طلباتهن منه⁶.

1 - لم يتحكم التوجه المذهبي للسكان في نظر اختصاص المحكمة الحنفية والمالكية، فقد كان بوسع المتقاضين اختيار المحكمة التي يشاؤون بصرف النظر عن المذهب الذي يتبعونه. ينظر: حماش، خليفة: الأسرة في مدينة الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة منتوري- قسنطينة، الجزائر، 2006، ص 658 و659.

2- خوجة، حمدان: المرأة، تقدم محمد العربي الزبير، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، د.ط، 2006، ص 72. أبو القاسم، سعد الله: محاضرات في تاريخ الجزائر الحديث، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 3، 1982، ص 53. حماش، خليفة: الأسرة في مدينة الجزائر، مرجع سابق، ص 658.

3 - L. Glibert: Histoire De L'Algerie Ancienne Et Moderne, Furne, France, 1843, p 347.

4 - J. Barbier: Itinéraire Historique Et Descriptif De L'Algerie, Op.cit., p 34.

5 خوجة، حمدان: المرأة، مرجع سابق، ص 72.

6-J. Barbier: Itinéraire Historique Et Descriptif De L'Algerie, Op.cit., p 34.

وغالبا ما يصدر حكم القضية بصفة نهائية ومباشرة بعد غلق باب المرافعة، ليتم التنفيذ مباشرة، وبإشراف شخصي من القاضي، بيد أنه واستثناء من ذلك يكون للمتقاضين في أحوال مخصوصة إلتماس إعادة النظر في الحكم عبر طريقين:

الأول: توجه فيه الإحالة إلى الداى باشا "Dey-Pacha" في العاصمة، أو إلى الباى "Bey" في المقاطعات لطلب مراجعة حكم القضية، ويتولى استدعاء مجلس المناظرة المكون من العلماء لينظرها¹؛ فإذا خلص إلى صحة الطعن المحال عليه نقض الحكم الأول للقاضي، وإلا عوقب الطاعن عقوبة تتلاءم وفحوى الطعن، وطبيعة التظلم².

الثاني: تحال القضية فيه على المجلس العلمي القضائي "Midjelès" الكائن بالعاصمة، الذي يعقد اجتماعا مكونا من مفتيين وقاضيين لإعادة دراسة حيثيات القضية، والفصل فيها، ليعاد الحكم إلى القاضي المحيل، والذي ينطق بالحكم النهائي لها في جلسة خاصة³. ولم يكن اختصاص نظر القضايا والمنازعات سيما ما تعلق منها بالأسرة مقصورا على القضاة الشرعيين، بل كانت القضايا أيضا تنظر من طرف المرابطين، وجماعات الصلح وشيوخ القرى⁴.

ب- الاجتهاد القضائي الأسري في العهد الفرنسي

ظل القضاء الشرعي محتفظا بأغلب خصوصياته في الجانب المدني مع بدايات الاحتلال الفرنسي، غير أن يد التحوير ما فتئت أن طالته بتعديل أطر هذا التنظيم وهياكله، والتشكيلات البشرية الحاكمة فيه، وفق المراحل التالية:

-مرحلة التردد 1830- 1848:

سعى الاحتلال الفرنسي منذ الوهلة الأولى لدخوله الجزائر لبيسط سيطوته على القضاء الشرعي بالجزائر، وإلغاء المحاكم الشرعية التي كان من بين اختصاصاتها النظر في القضايا الأسرية، وفق إجراءات عديدة استصدر بشأنها قوانين وقرارات عدة أهمها:

قرار الحاكم 09 سبتمبر 1830: والذي وضع أسس الوحدة القضائية بين جميع سكان الجزائر. ونص على إنشاء محكمة قضاء فرنسية تنظر القضايا المدنية والجزائية من خلال تشكيلة مكونة من: الرئيس

1 - يسمى أيضا مجلس الشرع أو "الشريف"، ويتولى نظر القضايا بصفة مجلس نقض، وقد يتولى رئاسته الباشا شخصيا للمداولة في الأحكام والمسائل الهامة. ينظر: المدني، توفيق: كتاب الجزائر، المطبعة العربية، الجزائر، د.ط، 1931، ص 335.

2 - L. Glibert: Histoire De L'Algerie Ancienne Et Moderne, Op.cit., p 348. J. Barbier: Itinéraire Historique Et Descriptif De L'Algerie, Op.cit., p 38.

3 J. Barbier: Itinéraire Historique Et Descriptif De L'Algerie, Ibid., p 38.

4- C. Collot: Les Institutions De L'Algerie Durant La Periode Coloniale, C.N.R.S, France, 1987, p 167 et 168.

وقاضيين ووكيل عن الملك، ينضاف إليهم قضاة مسلمون أو يهود إذا ما تعلق النزاع بمسلم أو يهودي، غير أن تردد المشرع الفرنسي واضطرابه بشأن النهج القضائي الواجب اعتماده مع الجزائريين سرعان ما حمله على إلغاء هذه المحكمة بصدور قرار 22 أكتوبر 1830، والذي أعاد للمحاكم الشرعية استقلاليتها في نظر القضايا المدنية والجزائية التي يكون أطرافها مسلمين أو مسلمين ويهودا. وظل العمل على ذلك حتى صدور الأمر الملكي 19 أوت 1834 الذي أرسى سياسة جديدة لإدماج قضائي على نحو متدرج للمحاكم الشرعية، بدأت تظهر معه ملامح التنظيم القضائي الفرنسي المتعدد الدرجات¹؛ (ثلاث محاكم ابتدائية ومحكمة عليا)، وقد سحب هذا الأمر من المحاكم الشرعية سلطة نظر القضايا التي تثور بين المسلمين واليهود، وأعطى المجال للقضاء الفرنسي ليحكم قضايا الجزائريين التي يختار فيها الأطراف ذلك².

- مرحلة الاستقلال الذاتي 1848 - 1870:

في 20 أوت 1848 أصدرت الجمهورية الفرنسية الثانية مرسوما يقضي بفصل المحاكم الشرعية عن الجهاز القضائي الفرنسي الذي يديره وزير العدل، وأوكلته إلى الحاكم العام بالجزائر، غير أنه منح ولاية النظر في استئناف أحكامه لمحكمة الاستئناف الفرنسية. ثم جاء مرسوم 01 أكتوبر 1854 ليكرس استقلالية أوسع للقضاء الشرعي في المجال المدني، عبر إنشاء 326 محكمة على مستوى الدرجة الأولى، تتكون كل منها من قاض شرعي وعدلين يعينهم الحاكم، كما جرد محكمة الاستئناف من صلاحية النظر في الطعون على أحكام المحاكم الإسلامية، وأسندها إلى هيئة قضائية استحدثتها تحت مسمى المجلس الشرعي³، المشكل من أربعة قضاة شرعيين، وعدلين اثنين، وأوكل المرسوم إليه الفصل في استئنافات الأحكام الصادرة عن المحاكم الشرعية التي تتجاوز قيمة النزاع فيها 200 فرنك فرنسي، مع قبول الطعن فيها بالنقض أمام محكمة النقض الفرنسية⁴.

كما أنشأ مجلس القضاء الإسلامي "Conseil De Juris Musulman" كهيئة مقومة، بقصد تفادي تعارض الأحكام الصادرة عن المحاكم الشرعية والمجالس القضائية.

1 - ينص الأمر الملكي على إنشاء محاكم ابتدائية ثلاث، يكون مقرها الجزائر ووهران وعنابة، ومحكمة عليا بالجزائر باعتبارها درجة ثانية، وتشكل من رئيس وثلاثة قضاة، ونائب عام ووكيل عنه. ينظر: بوشير، محمد أمقران: النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 2، 1994، ص 177 و178.

2 - تعرض مبدأ خيار التقاضي المعتمد من طرف سلطات الاحتلال إلى فشل ذريع، بسبب قناعة الجزائريين بعدالة المحاكم الشرعية، وثقتهم في إسلاميتها، وهذا ما جعل العالم أرنست مارسبييه "Arnest Mercier" يشهد بهذا الفشل بقوله: "يجب القول أن المترافعين المسلمين لم يستعملوا أبدا خيار التقاضي"، يراجع: بورغدة، رمضان: جوانب من تطور السياسة القضائية الفرنسية في الجزائر خلال الفترة 1830-1892، مجلة كلية الآداب والعلوم الإنسانية - جامعة بسكرة، الجزائر، ع 4، جانفي 2009، ص 293 و294.

3 - المدني، توفيق: كتاب الجزائر، مرجع سابق، ص 336.

4 - بوشير، محمد أمقران: النظام القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص 178 و179..

وقد تسبب مرسوم 1854 في إغضاب رجال السلك القضائي الفرنسي والمستوطنين على حد سواء، مما جعل الإصلاحات القضائية مفرغة من محتواها؛ إذ لم ينشأ واقعا من المجالس 19 المقررة إلا أربع، كما تم عزل وإحالة العديد من القضاة الشرعيين على العدالة بعد تليفق تم لهم بسوء الائتمان، وسعيًا لتهدئة الأوضاع صدر مرسوم 31 ديسمبر 1859 القاضي بإعادة القضاء الشرعي إلى إدارة وإشراف الجهاز القضاء الفرنسي. فضلا عن تقليص عدد المحاكم الشرعية إلى 260، وإخضاعها لرقابة نواب عامين، وكذا تجريد المجالس القضائية من ولاية الاستئناف ومنحها من جديد للمحكمة الفرنسية، كما تمت إعادة العمل بحق خيار التقاضي للمسلمين بين المحاكم الشرعية والمحاكم الفرنسية.

ثم ما لبث أن تغير الوضع مجددا لحساب القضاء الشرعي وتوجيهات مباشرة من الإمبراطور نابليون الثالث، فصدر مرسوم 13 ديسمبر 1866 والذي هدف إلى تبسيط إجراءات التقاضي على المسلمين وتقليل تكاليفها. كما تم إنشاء مجلس أعلى للقانون الإسلامي " Conseil Supérieur du Droit Musulman " المكون من خمسة علماء مسلمين بغرض استشارته من طرف قضاة الاستئناف في نظرهم للطعون على أحكام المحاكم الشرعية، ويلزمون بالأخذ بالمبادئ والحلول القانونية التي يقرها هذا المجلس.

-مرحلة الإدماج 1871-1962-

بمجرد انهيار الإمبراطورية الفرنسية، وقيام الجمهورية الثالثة 1871م تبني الاحتلال الفرنسي سياسة صارمة في تطويع القضاء الشرعي واحتوائه، وتفكيك قواعده وهدم هيكله؛ من خلال:

- إلغاء المجلس الأعلى للقانون الإسلامي، بموجب المرسوم 11 نوفمبر 1875.
- إلغاء المجالس الإسلامية، بموجب مرسومي 1886 و 1889.
- تقليص عدد القضاة الشرعيين من 184 إلى 159 سنة 1873، ثم إلى 88 في 1882.
- تقليص صلاحيات القضاء الشرعي، غير أن سياسة الإخضاع لم تستطع سحب اختصاص النظر في مسائل الأحوال الشخصية والموارث عن المحاكم الشرعية في المدن الجزائرية¹ باستثناء منطقة القبائل وبني ميزاب؛ فقد ألغي في المدن القبائلية القضاء الشرعي نهائيا بموجب القرار 17 أبريل 1889، وأسندت اختصاصاته لقاضي الصلح الفرنسي².

1 - المدني، توفيق: كتاب الجزائر، مرجع سابق، ص 336.

2 - تشير الأرقام والاحصائيات الفرنسية إلى ثبات الجزائريين على استكفاهم من اللجوء إلى المحاكم الفرنسية؛ إذ لم يتقدم مسلم واحد للتقاضي أمام قاضي الصلح الفرنسي بمدينة الجزائر كلها للفصل في قضية مرتبطة بالأحوال الشخصية، في مقابل فصل المحاكم الشرعية في 50 ألف قضية للمنطقة الشمالية للجزائر وحدها في سنة 1886م، كما أصدر القضاة الشرعيون باعتبارهم موثقين 140 ألف عقد مدني خلال ذات السنة، بينما لم يجر

ولذلك انتفض الشعب الجزائري ضد هذه السياسة التي رأوا فيها تطاولا على الشريعة الإسلامية، وراسلوا الحكومة الفرنسية وطالبوها الوفاء ببنود معاهدة 05 جويلية 1830، وإلغاء مرسوم 1886، مما أجبر السلطة الفرنسية على التخفيف من وطأة سياستها الإدماجية، وبذلك تقرر صدور مرسوم 25 ماي 1892، والذي تقرر بموجبه استحداث غرفة استئناف شرعية بمحكمة الاستئناف الفرنسية، للنظر في الطعون بالإلغاء المقدمة ضد الأحكام النهائية الصادرة من القضاة الشرعيين، وقضاة الصلح الفرنسيون، إذا ثبتت مخالفتها للقانون والأعراف الإسلامية في قضايا الأسرة والموارث¹.

ثم صدر الأمر 23 نوفمبر 1944 المتعلق بالتنظيم القضائي، والذي نظم قواعد الإجراءات الواجبة التطبيق أمام المحاكم الشرعية، مع استحداث غرفة المراجعة الإسلامية بمحكمة الاستئناف لتوحيد وتفسير القانون الإسلامي، من خلال النظر في الطعون المقدمة في الأحكام الصادرة عن المحاكم الشرعية لتحيلها على جهة قضائية أخرى للحكم فيها وفق المبدأ المقرر من الغرفة². واستمر القضاء الشرعي في تنظيمه خاضعا لهذا الأمر حتى استقلال الجزائر واستعادتها معقد عزها وموثق سيادتها من الاحتلال يوم 05 جويلية 1962.

2- القضاء الأسري بعد الاستقلال

خرجت الدولة الجزائرية من الاحتلال الفرنسي بميراث ثقيل من التحديات التشريعية والمعضلات القضائية التي وجب مجابقتها واتخاذ موقف حازم منها: فالتشريعات الفرنسية السائدة مخالفة للسيادة الوطنية والأجهزة القضائية القائمة تعاني الفراغ بسبب هجرة غالبية القضاة الفرنسيين وعليه قررت الجمعية التأسيسية الوطنية سدا للفراغ القانوني تمديد العمل بالتشريع الفرنسي، ما لم يصادم السيادة الوطنية إلى حين إصدار تشريع جديد يتواءم واحتياجات وطموح الدولة، وسنت بذلك القانون رقم 62-157.

ومن أجل تغطية العجز في الكوادر البشرية للجهاز القضائي عمدت الجمعية الوطنية إلى:³

1- إتاحة إمكانية التعيين المؤقت في بعض الوظائف القضائية العليا والمتوسطة، وهو ما نصت عليه المادة الأولى من الأمر 62-49 المؤرخ في 21 سبتمبر 1962¹.

القضاة الفرنسيون إلا 15 ألف عقد طوال الفترة الممتدة بين 1878 و1880م. للاستزادة يراجع: بورغدة، رمضان: جوانب من تطور السياسة القضائية الفرنسية في الجزائر خلال الفترة 1830-1892، مرجع سابق، ص 301.

¹ - بوشير، محمد أمقران: النظام القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص 187. بورغدة، رمضان: جوانب من تطور السياسة القضائية الفرنسية في الجزائر خلال الفترة 1830-1892، مرجع سابق، ص 314.

² - C. Collot: Les Institutions De L'Algerie Durant La Periode Coloniale, op.cit., p16.

³ - بوشير، محمد أمقران: النظام القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص 201.

2- توسيع صلاحيات المحاكم الابتدائية الكبرى الموجودة في دائرة اختصاص الجزائر وهران وقسنطينة، للنظر في كل القضايا المدنية والجزائية بأحكام نهائية غير قابلة للاستئناف، طبقاً للأمر 62-42 المؤرخ في 18 سبتمبر 1962².

3- أما بالنسبة للهياكل القضائية فقد أبرمت الجزائر مع فرنسا بروتوكولا قضائيا في 28 اوت 1962 يقضي في مادته 18 إحالة ملفات الطعون الخاصة بالجزائريين من محكمة النقض الفرنسية إلى الهيئات القضائية الجزائرية، كما تم إنشاء المجلس الأعلى بالقانون رقم 63-218³. وأسندت صلاحية النظر في الطعون المتعلقة بالأسرة لغرفة القانون الخاص، ومنحت المحاكم الابتدائية صلاحية الفصل كدرجة أولى في مسائل الأحوال الشخصية بعد إلغاء المحاكم الشرعية بالمادة الأولى من المرسوم 63-261⁴، وبقي بالتالي الهيكل القضائي المدني على حاله مكونا من ثلاثة أنواع من المحاكم الابتدائية، والمحاكم الابتدائية الكبرى، ومحاكم الاستئناف، تحت ظل المجلس الأعلى، مع ازدواجية في الإجراءات؛ فاختصاصات المحاكم الشرعية المتعلقة بالزواج والطلاق والميراث تطبق عليها إجراءات الأمر 23 نوفمبر 1944، بينما تخضع باقي القضايا المدنية والجنائية للقواعد الإجرائية العامة التي كان معمولا بها إبان الاحتلال الفرنسي⁵.

ثم جاءت إصلاحات 1965 لإرساء التنظيم القضائي الأسري وفق هياكل قضائية وإجراءات محددة: ففيما يخص الهيئات القضائية، تم إلغاء المحاكم الابتدائية والمحاكم الابتدائية الكبرى، وإحلال المحكمة محلها بولاية نظر شاملة، وذلك بموجب المادة الرابعة من الأمر 65-278⁶. وكانت صلاحية الفصل في مسائل الأحوال الشخصية موكولة إلى القسم المدني المنشأ بالقرار المؤرخ في 22 يونيو 1966⁷.

- إلغاء محاكم الاستئناف، واستبدالها بخمسة عشر مجلسا قضائيا (المادة 1 و 4 من الأمر 65-278) ليرتفع عددها إلى 31 مجلسا بموجب القانون رقم 84-13⁸، ثم إلى 48 مجلسا بمقتضى الأمر 97-11¹، ونص المرسوم 66-161² على أنها تشتمل على أربع غرف هي الغرفة الجنائية والغرفة الإدارية وغرفة

1 - الأمر رقم 62-49، المؤرخ في 21 سبتمبر 1962، الجريدة الرسمية، في 23 سبتمبر 1962، ع 18، ص 277.

2 - الأمر رقم 62-42، المؤرخ في 18 سبتمبر 1962، الجريدة الرسمية، في 21 سبتمبر 1962، ع 16، ص 211.

3 - القانون رقم 63-218، المؤرخ في 18 جوان 1963، الجريدة الرسمية، في 28 جوان 1963، ع 43، ص 662.

4 - المرسوم رقم 63-261، المؤرخ في 22 جويلية 1963، المتعلق بنقل اختصاص المحاكم الشرعية إلى المحاكم الابتدائية، الجريدة الرسمية، في 26 جويلية 1963، ع 51، ص 751.

5 - سعد، عبد العزيز، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 09 و 10.

6 - الأمر رقم 65-278، المؤرخ في 16 نوفمبر 1965، المتضمن التنظيم القضائي، الجريدة الرسمية، في 23 نوفمبر 1965، ع 96، ص 1290.

7 - القرار المتعلق بتحديد اقسام المحاكم، المؤرخ في 22 يونيو 1966، الجريدة الرسمية، في 8 يوليو 1966، ع 58، ص 878.

8 - القانون رقم 84-13، المؤرخ في 23 يونيو 1984، المتضمن التقسيم القضائي، الجريدة الرسمية، في 26 يونيو 1984، ع 26، ص 968.

الإتهام والغرفة المدنية التي تضطلع باختصاص النظر في الاستئنافات المقامة على أحكام القسم المدني للمحاكم، ويدخل ضمن هذا الاختصاص دعاوى الأسرة.

- أما فيما يخص الإصلاحات الإجرائية، فقد تم إلغاء التبعية التشريعية والازدواجية الإجرائية بصور الأمر 66-154³، الذي وحد القواعد الإجرائية بالنسبة للقضايا المدنية ككل، بما فيها تلك المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية عبر إغائه للأمر 23 نوفمبر 1944 الذي كان مطبقا قبلا.

- ولم تحظ الدعاوى الأسرية باستقلالية في اختصاص النظر في درجات التقاضي المختلفة إلا بصور الأمر رقم 74-72⁴، المتمم للقانون رقم 63-218 والمتضمن إنشاء المجلس الأعلى؛ إذ نص في مادته الثانية على استحداث غرفة الأحوال الشخصية، ثم جاء دور المحاكم مع صدور قرار وزارة العدل المؤرخ في 25 سبتمبر 1990، الذي أنشأ قسما جديدا بذات المسمى أسند إليه النظر في مسائل شؤون الأسرة. أما المجالس القضائية، فرغم عدم نص المرسوم 66-161 إلا على الغرف الأربع -سألفه الذكر- إلا أن العمل التنظيمي للمجالس جرى على استحداث هذه الغرفة، بغرض التخصص في نظر القضايا، وتوزيع العمل القضائي، وتحقيق التجانس بين هيئات الحكم الثلاث⁵.

ثم تبنى التنظيم القضائي الأخير تسمية جديدة تتواءم وتعديل قانون الأحوال الشخصية الذي أضحى اسمه قانون الأسرة بالأمر 05-02. وعليه فقد أصبح اسم القسم والغرفة المختصين بالفصل في المسائل الأسرية قسم وغرفة شؤون الأسرة، بموجب المادتين 06 و13 من القانون العضوي 05-11. أما الغرفة المنوط بها توحيد الاجتهاد القضائي الأسري والرقابة على تطبيق القوانين الأسرية فلم تتغير تسميتها إلا بصور القانون العضوي رقم 11-12، المتعلق بتنظيم المحكمة العليا، التي حلت محل المجلس الأعلى بالقانون رقم 89-22.

وجريا على ذلك تم إضافة إصلاحات هامة مع صدور قانون الإجراءات الجديد 08-09⁶ أهمها:

1 - الأمر رقم 97-278، المؤرخ في 16 نوفمبر 1965، المتضمن التنظيم القضائي، الجريدة الرسمية، في 23 نوفمبر 1965، ع 96، ص 1290.

2 - الأمر رقم 66-161، المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن سير المجالس القضائية، الجريدة الرسمية، في 13 يونيو 1966، ع 50، ص 764.

3 - الأمر رقم 66-154، المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية، في 9 يونيو 1966، ع 47، ص 582.

4 - الأمر رقم 74-72، المؤرخ في 12 يوليو 1974، المتضمن تنميط القانون 63-218، الجريدة الرسمية، في 19 يوليو 1974، ع 58، ص 798.

5 - بوشير، محمد أمقران: النظام القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص 216.

6 - القانون رقم 08-09، المؤرخ في 23 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والادارية، الجريدة الرسمية، في 23 ابريل 2008، ع 21، ص 01.

- توسيع صلاحيات قاضي شؤون الأسرة، بإضافة اختصاصات جديدة تتعلق أساسا بحماية مصالح القصر كما هو نص المادة 424، كما له أن يضطلع بمهمة التحقيق الاجتماعي مستعينا في ذلك بمساعدة أو اجتماعية أو طبيب خبير، وله اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع الذي ينظره قصد الاستشارة، كما منحه القانون سلطة النظر في قضايا الاستعجال، سيما ما تعلق منها بتدابير النفقة والحضانة والزيارة والمسكن.
- وهذا فضلا عن تخصيص فصل مستقل للقواعد الإجرائية المتعلقة بقسم شؤون الأسرة، من حيث الاختصاص النوعي والإقليمي، وكيفية رفع الدعاوى¹.

ثالثا: أجهزة التنظيم القضائي الأسري

1- قسم شؤون الأسرة بالمحكمة:

تعد المحكمة الأساس الذي تتكئ عليه قاعدة الهرم القضائي، باعتبارها الدرجة الأولى في نظر المنازعات والأقضية، كما هو نص المادة 10 من القانون العضوي 05-11 المتعلق بالتنظيم القضائي. وتنص المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية على أنها هي -وحدها- "الجهة القضائية ذات الاختصاص العام"، فهي صاحبة الولاية الشاملة والاختصاص العام، ما لم يقرر القانون خلاف ذلك. وهي تتألف - بحسب المادة 13 من القانون العضوي 05-10 - من عشرة أقسام يختص منها بالنظر في مسائل الأحوال الشخصية قسم شؤون الأسرة، والذي كان يسمى قسم الأحوال الشخصية قبل صدور قانون التنظيم القضائي في 17 يوليو 2005².

أ- الاختصاص النوعي:³

يستند الاختصاص النوعي لقسم شؤون الأسرة في ولاية الفصل في القضايا المنظمة بقانون الأسرة 05-09. وقد ذكر أهم هذه المسائل بالمادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي ناطت بقسم شؤون الأسرة النظر في:

1 - الجدير بالذكر أن المشرع أعطى قسم شؤون الأسرة الخطوة الكبرى من اهتمامه في التنظيم الاجرائي لأقسام المحكمة؛ إذ خصص له فصلا كاملا بجوي 76 نصا من أصل 124 التي تضمنها الباب.

2 - القانون رقم 05-11، المؤرخ في 17 يوليو 2005، المتضمن قانون التنظيم القضائي، الجريدة الرسمية، في 20 يوليو 2005، ع 51، ص 06.

3 - الاختصاص النوعي هو ولاية الجهة القضائية على اختلاف درجاتها بالنظر في نوع محدد من الدعاوى، أو هو نطاق القضايا الذي يمكن أن تباشر فيه جهة قضائية معينة ولايتها وفقا لنوع الدعوى. ينظر: - بربارة، عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغداد، د.ط، 2009م، ص 74.

- الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج، والرجوع إلى بيت الزوجية، وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات المذكورة في قانون الأسرة.
 - دعاوى النفقة، والحضانة، وحق الزيارة.
 - دعاوى إثبات الزواج، والنسب.
 - الدعاوى المتعلقة بالكفالة.
 - الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها، والحجر عليها، والغياب، والفقدان، والتقديم.
- ولا يمثل هذا التعداد كل الدعاوى التي يختص القسم بنظرها؛ إذ أنه توجد منازعات أخرى له فيها سلطة النظر؛ كالقضايا المتعلقة بالهبات، والوصايا المتعلقة بالمنقولات، والحقوق الميراثية وغيرها.¹
- كما يجدر بالذكر أن قانون الإجراءات الجديد استحدث منصب قاضي في شؤون الأسرة، وأسند إليه -على الخصوص- مهمة التكفل والسهر على حماية مصالح القصر؛ سيما إذا توفي والدهما أو انعدم من يتولى القيام بشؤونهم، كما هو نص المادة 424.
- كما أسندت المادة 425 من ذات القانون إلى رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، وذلك تكريسا لنص المادة 57 من قانون الأسرة -في نسختها المعدلة- التي أجازت صراحة تدخل قاضي شؤون الأسرة للفصل على وجه الاستعجال -بموجب أمر على عريضة- في كل التدابير المؤقتة، سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن.

ب- الاختصاص الإقليمي:²

- الأصل العام أن تختص المحكمة بنظر القضايا التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، كما هو مقرر بالمادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإن لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له³، وجريا على ذلك حددت المادة 426 من ذات القانون مجال الاختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة في نظر الدعاوى المتعلقة ب:
- العدول عن الخطبة.

¹ بربارة، عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 328.

² - المقصود بالاختصاص الإقليمي هو ولاية الجهة القضائية بالنظر في الدعاوى المرفوعة أمامها استنادا إلى معيار جغرافي يخضع للتقسيم القضائي.

يراجع: بربارة، عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 83.

³ - الموطن -بحسب المادة 36 من القانون المدني- هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن، وموطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عنهم قانونا "المادة 38 مدني"، وهو موطن حكومي أو قانوني والفرق بين الموطن "Domicile"، والإقامة "Résidence" هو توافر عنصر الاعتقاد أو الاستقرار في الموطن دون الإقامة.

- موضوع إثبات الزواج¹.

- موضوع المنازعة حول الصداق.

بموطن المدعى عليه مراعات لمصلحته ولضمان توازن عادل في تحضير الأدلة، والدفاع بين الأطراف. غير أنه واستثناء من هذه القاعدة أورد التشريع الإجرائي مسلكين آخرين في إسناد الاختصاص الإقليمي مراعات منه لطبيعة النزاع المنظور وخصوصية أطرافه وفق التالي:

- في دعاوى الطلاق والعودة إلى مسكن الزوجية تتحدد صفة النظر للمحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها المسكن الزوجي باعتبارها الأقدر على التعرف على المشاكل المطروحة بين الأزواج²، وإذا تعلق الأمر بالطلاق بالتراضي فإن الاختصاص ينعقد بمحل إقامة أحد الزوجين، حسب اختيارهما.

- في موضوع الحضانة، وحق الزيارة، والرخص الإدارية المسلمة للقاصر يتحدد بمكان ممارسة الحضانة، لقرب المحكمة من أطراف الدعوى، والتيسير على الحاضن والمحضون.

- في موضوع النفقة الغذائية تنظره المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها موطن الدائن بها.

- في موضوع متاع بيت الزوجية، بمكان وجود المسكن الزوجي.

- في موضوع الترخيص بالزواج، بمكان طالب الترخيص.

- في موضوع الولاية، بمكان ممارسة الولاية.

وأضافت المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في بندها الثاني نوعين آخرين من

الدعاوى هما:

- دعاوى الميراث، وتنظر من المحكمة التي يقع داخل دائرة اختصاصها موطن المتوفى.

- دعاوى السكن، وتختص بها المحاكم التي يدخل في دائرة اختصاصها السكن محل النزاع، أما القضايا التي لم يرد لها ذكر في القانون فتجري عليها قواعد الاختصاص العامة.

ج-تشكيلة الحكم:

القاعدة العامة في المحاكم أن ينظر قاضي شؤون الأسرة في القضايا التي تدخل ضمن دائرة اختصاص ولايته النوعية والإقليمية بتشكيلة قاض فرد، وفقا لنص المادة 15 من القانون العضوي

¹ - يرى البعض بأنه كان الأولى بالمشرع إناطة اختصاص النظر في موضوع إثبات الزواج بمكان إبرام العقد لا موطن المدعى عليه، لصعوبة تنقل الشهود في بعض الأحيان، سيما إذا كان المدعي هو الزوجة. ينظر: لوعيل، محمد الأمين، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2010، ص 13.

² - بويشير، محمد أمقران: النظام القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص 289.

05-11: "تفصل المحكمة بقاض فرد، ما لم ينص على خلاف ذلك".

2- غرفة شؤون الأسرة بالمجلس القضائي:

يجسد المجلس القضائي المبدأ الدستوري المتعلق بالتقاضي على درجتين؛ إذ هو يمثل الجهة القضائية ذات الدرجة الثانية، والتي تختص بالنظر في طعون الاستئناف للأحكام الصادرة عن المحاكم، وكذا في الحالات الأخرى المنصوص عليها قانوناً، وهو ما يؤكد منطوق المادة 34 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "يختص المجلس القضائي في النظر في استئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم في الدرجة الأولى وفي جميع المواد، حتى لو كان وصفها خاطئاً".

ويتألف المجلس من عشرة غرف وفق منصوص المادة 06 من القانون العضوي 05-11؛ تتفرد منها غرفة شؤون الأسرة بنظر القضايا والنزاعات المتعلقة بالأحوال الشخصية، والتي كانت تدعى غرفة الأحوال الشخصية قبل ذلك.

وتتولى غرفة شؤون الأسرة ولاية النظر في كل طعون الاستئناف الصادرة عن قسم شؤون الأسرة بالمحكمة، وتفصل فيها من جديد من حيث الوقائع والقانون، إما بالمراجعة أو الإلغاء كما هو نص المادتين 332 و339 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتتشكل هيئة حكم الغرفة من تشكيلة جماعية مكونة من ثلاثة قضاة، وفق ما نصت عليه المادة 08 من القانون العضوي 05-11 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3- غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا:

تعد المحكمة العليا رأس هرم القضاء العادي، والتي أوكل إليها الدستور صلاحية السهر على احترام القانون، وتقويم أعمال المجالس القضائية والمحاكم الابتدائية بالمادة 152 منه. وهي تتألف من سبعة غرف هي: الغرفة المدنية، والغرفة العقارية، وغرفة شؤون الأسرة والمواريث، والغرفة التجارية والبحرية، والغرفة الاجتماعية، والغرفة الجنائية، وغرفة الجرح والمخالفات، بحسب نص المادة 13 من القانون العضوي رقم 11-12 المتعلق بتنظيم المحكمة العليا، وتحديد عملها واختصاصاتها¹.

وتختص غرفة شؤون الأسرة والمواريث² بالنظر في الطعون بالنقض في الأحكام والقرارات الفاصلة في

¹ القانون العضوي رقم 11-12، المؤرخ في 26 يوليو 2011، المتعلق بتنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها، الجريدة الرسمية، في 31 يوليو 2011، ع 42، ص 07.

² - كانت تسمى غرفة الأحوال الشخصية في ظل نص المادة الثانية من الأمر 74-72 المتعلق بتميم قانون انشاء المجلس الأعلى وأضافت المادة 17 من القانون رقم 89-22 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها لفظة الواريث. تنظر: الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ: 13 ديسمبر 1989، ع 53، ص 1435.

الموضوع والصادرة في آخر درجة عن غرف شؤون الأسرة بالمحاكم، والمجالس القضائية (المادة 349 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)، وتمارس الغرفة في ذلك رقابتها القانونية على تلك الأحكام والقرارات؛ من حيث التطبيق السليم للقانون، ومدى احترام أشكال وقواعد الإجراءات السارية المفعول¹، دون أن تتعدى ذلك إلى الوقائع²، فهي تفصل في الأحكام لا القضايا وفق تشكيلة جماعية، مؤلفة من ثلاث قضاة على الأقل³، وتختص بالنظر في جملة أوجه محددة قانونا بالمادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمتمثلة في:

- مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات.
- إغفال الأشكال الجوهرية للإجراءات.
- عدم الاختصاص.
- تجاوز السلطة.
- مخالفة القانون الداخلي.
- مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة.
- مخالفة الاتفاقيات الدولية.
- انعدام الأساس القانوني.
- انعدام التسيب.
- تناقض التسيب مع المنطوق.
- تناقض المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار.
- تناقض أحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة عندما تكون حجية الشيء المقضي فيه قد أثرت بدون جدوى.
- تناقض أحكام غير قابلة للطعن.
- وجود مقتضيات ضمن منطوق الحكم أو القرار.
- الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب.
- السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية.
- إذا لم يدافع عن ناقصي الأهلية.

1 - المادة الثالثة من القانون العضوي المنظم لعمل وصلاحيات المحكمة العليا رقم 11-12.

2 - بوشير، محمد أمقران: النظام القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص 255.

3 - المادة 14 من القانون العضوي المنظم لعمل وصلاحيات المحكمة العليا رقم 11-12.

وفي حال قبول الطعن المقدم من طرف الخصوم أو النيابة، فإن النقض ينصب بصفة كلية، أو في جزء من القرار أو الحكم المنظور إذا كان قابلاً للانفصال عن باقي أجزاء الدعوى.

ومتى قبلت غرفة شؤون الأسرة والموارث الطعن المقدم من طرف أحد الخصوم أو النيابة العامة من حيث الشكل والموضوع، فإنها تنقض الحكم أو القرار المطعون بصفة كلية، أو في جزء منه إذا كان قابلاً للانفصال عن باقي أجزاء الدعوى، كما هو نص المادة 363 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ويترتب على ذلك إحالة القضية أمام جهة قضائية أخرى من نفس النوع والدرجة، طبقاً لما هو منصوص بالمادة 364 من ذات القانون.

وإذا كان قرار الغرفة فيما فصل فيه من نقاط قانونية لا يترك من النزاع ما يتطلب الحكم فيه فإن النقض يكون في هذه الحال دون إحالة، وفي كل الأحوال فإن قرار النقض يعود بأطراف القضية إلى الحالة التي كانوا عليها قبل الحكم أو القرار المنقوض، فيما يخص المسائل التي شابها النقض (المادتين 364 و365 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

الفرع الثاني: الضوابط المتعلقة بالقائم بالتنزيل القضائي ضوابط القائم بالتنزيل القضائي

ندرس في هذا الفرع الأصول الضابطة لعملية إسناد الفعل التنزيلي على مستوى القضاء، من خلال تتبع المبادئ العامة للعمل القضائي، والشرائط القانونية الواجبة في حق متوليه.

أولاً-المبادئ العامة للعمل القضائي:

1-استقلال القضاء:

تقتضي مبادئ العدالة والإنصاف أن تتاح للقضاء الإرادة الحرة في إحقاق قواعد القانون، وتكريس سيادته بعيداً عن كل تأثير خارجي أو تدخل من شأنه أن يتسبب في انحياز الأحكام القضائية، أو حيادها عن صراط العدل والمشروعية. وهذا ما عبر عنه مونتسكيو¹ بمقولته الشهيرة التي ألزم فيها السلطة بلجم كل الضغوط والتدخلات التي قد تعيق أداء مهامها، أو تمس بنزاهة أحكامها بقوله: " Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir." ²

ويتحدد المعنى التطبيقي لاستقلال القضاء بأن تختص المحاكم -دون غيرها- بأداء العمل القضائي وفق

¹ - يعود منشأ هذا المبدأ الجوهري في التنظيم القضائي إلى المبدأ الدستوري المعروف بالفصل بين السلطات الذي أبان عن قيمته الفيلسوف جون لوك، وصاغته الذهنية المتقدمة لمونتسكيو في كتابه روح القوانين على نحو مبتكر وواضح كما هو معروف اليوم. يراجع:

- F.Farago: **Traité Du Gouvernement Civil**, Bréal, France, 2002, T 1, p 47 et 48. **Conseil De L'Europe: Pouvoir Discrétionnaire De L'Administration Et De Problèmes De Responsabilité**, Edition Conseil De L'Europe, France, 1997, p 143.

² - **Montesquieu: Ouvres Completes De Montesquieu, L'esprit Des Loi**, Librairie de L'hashette, France, 1859, T 1, p 129.

القواعد القانونية المنصوصة، وليس لأي مؤسسة حكومية أو هيئة دستورية الحق في بسط سلطتها على ما يصدر عن هذه المحاكم من قرارات، أو التعديل فيها، أو الغائها، أو الحيلولة دون تنفيذها¹.

وينبغي على هذا أنه يحظر على السلطة التشريعية التدخل في الشؤون السلطة القضائية بإصدار تشريعات من شأنها تغيير وجه الحكم في منازعة منظورة أمام القضاء، أو تعديل حكم قضائي في نزاع بعينه، أو إعاقة تنفيذ حكم مخصوص. كما يتمتع في حق الهيئة التنفيذية إصدار إملائها إلى القضاة أو الضغط عليهم، أو الكيد لهم لتغيير قناعاتهم بشأن القضايا المعروضة أمامهم، بل إن واجبها الأساس يرتكز على تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة عنهم، وتنزيلها على أرض الواقع².

فاستقلال القضاء يقتضي بالضرورة استقلال هيئاته وقضاته؛ أين تتمتع كل محكمة وكل قاض بقدر واف من الاستقلال، يمنع بموجبه على المحاكم الأخرى وباقي القضاة التدخل في العمل القضائي المباشر من طرف غيرها، ما دامت مختصة فيه وفق مقررات القواعد الإجرائية السارية المفعول³. ويوجب ذات المبدأ على القضاء ألا يتدخل -بدوره- في شؤون السلطتين التنفيذية والتشريعية⁴، بانتقاد القوانين، أو إبطال القرارات الإدارية، أو تشريع القواعد القانونية على نحو مباشر⁵، أو تعطيلها وإلا عنى ذلك إنكار العدالة⁶. وإذا كانت أغلب الهيئات التشريعية اليوم تمنح صلاحية التعيين والترقية والعزل والتأديب للسلطة التنفيذية، فإن هذه الميزة ينبغي أن تناط بجملة من الضمانات والضوابط التي تكفل استقلال القضاة، وحمايتهم من كل الضغوط والإكراهات التي يمكن أن تتسبب في تحوير عدالة القضاء، وترجح بها عن كفة العدل إلى هوة الجور والظلم⁷.

ولم يكرس هذا المبدأ على مستوى التشريع الجزائري إلا بصدر دستور 1989⁸، الذي نص صراحة

¹ - بوشير، محمد أمقران: النظام القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص 46.

² أبو طالب، حامد: التنظيم القضائي، مرجع سابق، ص 45.

³ شرف، عبد الحكم أحمد: المبادئ الأساسية للتنظيم القضائي المقارن، مجلة الامن والقانون المقارن، دبي، ع 1، يناير 1999، ص 271.

⁴ - A. Delblond: **Droit Administratif**, Larquier, France, 2002, p 66.

⁵ - يمنح القانون السلطة القضائية صلاحية تفسير القوانين أو تأويلها في حال ملاستها بغموض أو إبهام، كما يعطيها الحق في انشاء القواعد القانونية -بطريق غير مباشر- في حال وجود فراغ تشريعي. يراجع: أبو الوفا، أحمد: المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، د.ط، 2002، ص 51 و52.

⁶ - شرف، عبد الحكم أحمد: المبادئ الأساسية للتنظيم القضائي المقارن، مرجع سابق، ص 273.

⁷ - أبو الوفا، أحمد: المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 52.

⁸ - ظل القضاء في مفهوم دستور 1969 و1976 مجرد وظيفة من وظائف الدولة المتمحضة للسلطة الثورية الوحيدة، والتي أريد لها آنذاك أن تساهم في حماية الثورة وخدمتها والدفاع عنها، وهذا ما حدا ببعض الفقهاء إلى الجزم بعدم أخذ المشرع الجزائري بمبدأ الفصل بين السلطات، فضلا عن استقلالية القضاء. بوشير، محمد أمقران: النظام القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص 52 و53.

على أن: "السلطة القضائية مستقلة"¹ وأن القضاة لا يخضعون إلا للقانون²، وأن القاضي محمي من كل أشكال الضغوط والتدخلات والمناورات التي قد تضر بأداء مهمته، أو تمس نزاهة حكمه³. وأوكلت المادة 146 من الدستور صلاحية الإشراف على تعيين القضاة، وسير سلمهم الوظيفي إلى هيئة مستقلة هي المجلس الأعلى للقضاء، وله وحده الحق في محاسبتهم عن كفاءات قيامهم بمهامهم، حسب نص المادة 140 منه.

وقد أكد هذا التوجه دستور 1996⁴؛ إذ جاء في المادة 138 منه أن: "السلطة القضائية مستقلة، وتتمارس في إطار القانون" كما استهلكت مدونة أخلاقيات مهنة القضاء في طرح مبادئها العامة على النص على مبدأ الاستقلالية؛ إذ جاء فيها: "يلتزم القاضي بعمله في إطار القانون على النحو الذي يرسخ استقلالية القضاء". وفسرت ذلك بأن "السلطة القضائية مستقلة وتتمارس في إطار القانون طبقاً للمادتين 138 و147 من الدستور، وتكرس استقلالية القضاء التي تعد أساسية لضمان عدالة محايدة في ظل نظام دولة القانون، وللقاضي دور أساسي في حماية المجتمع والحريات والحقوق الأساسية، وهذا لا يتحقق إلا من خلال قضاء مستقل، بعيد عن كل تأثير مهما كان مصدره". كما أن المادة 117 من قانون العقوبات⁵ تنص على معاقبة الولاة، ورؤساء الدوائر، ورؤساء المجالس الشعبية البلدية وغيرهم من رجال الإدارة الذين يتخذون قرارات عامة، أو تدابير ترمي إلى إصدار أية أوامر أو نواهي إلى المحاكم أو المجالس.

ورغم المساعي الحثيثة والإصلاحات العديدة التي حظيت بها السلطة القضائية في الدولة الجزائرية منذ التسعينيات، غير أن التجسيد الفعلي لهذا المبدأ لا زالت تعتوره نقائص عديدة أهمها:

- ما يختص بمستوى تسيير العمل القضائي؛ إذ يكفل الدستور إلى الجهاز التنفيذي مهام كثيرة ذات طابع قضائي، يمكن أن تكون ذات تأثير قوي على الأداء المنوط بالقضاة في سير الخصومات، أو تنفيذ الأحكام والجزاءات. فـرئيس الجمهورية -وهو رأس السلطة التنفيذية- مضطلع بتعيين القضاة بنص المادة 78 من الدستور⁶، فضلا عن توليه رئاسة المجلس الأعلى للقضاء، كما هو نص المادة الثالثة من

1 - المادة 129 من دستور 23 فبراير 1989، الجريدة الرسمية، في 1 مارس 1989، ع 9.

2 - المادة 138 من دستور 23 فبراير 1989.

3 - المادة 139 من دستور 23 فبراير 1989.

4 - دستور 28 فبراير 1996، الجريدة الرسمية، في 08 ديسمبر 1996، ع 76.

5 - القانون رقم 16-02، المؤرخ في 19 يونيو 2016، المعدل والمتمم للأمر 66-156، المتعلق بقانون العقوبات، الجريدة الرسمية، في 22 يونيو 2016، ع 37، ص 04.

6 - تنص المادة 49 من القانون الأساسي للقضاء على أن التعيين في أهم الوظائف القضائية النوعية المسيرة لجهاز القضاء تتم مباشرة من رئيس الدولة بموجب مرسوم رئاسي، ودون استشارة المجلس الأعلى للقضاء، أما التعيين وباقي الوظائف النوعية المنصوصة بالمادة 50 فلا يملك فيها المجلس -هي الأخرى- حق المداولة، بل يتعين له حق الاستشارة فقط. وهذا امر ينبغي إعادة النظر فيه إذا ما اريد للعدالة أن تنال استقلالية حقيقية وفعالية.

القانون العضوي 04-12 ، وينوبه في ذلك وزير العدل الذي يعد المشرف الإداري الأول على جهاز القضاء في الدولة، وله سلطة كاملة ومباشرة على قضاة النيابة العامة وأعضائها¹. وتوسعت دائرة صلاحياته بمقتضى منصوص القانونين العضويين 04-11 و 04-12؛ إذ من الممكن تصور تنفيذ الإدارة على القضاة من خلال ابتزازهم وتهديدهم بالإحالة على المجالس التأديبية، أو النقل، أو العزل، أو الانتداب، أو الإحالة على التقاعد، وغيرها من طرق الضغط...²

2-العلانية:

تعد العلانية مبدأ دستوريا مكفولا بنص المادة 144 من الدستور، التي نصت على أن: "تعلل الأحكام القضائية، وينطق بها في جلسات علانية". وهو ذات ما أكدته المادة السابعة من قانون الإجراءات المدنية والادارية. والمقصود بالعلانية "أن يتم تحقيق الدعوى والمرافعة فيها في جلسات علنية، يسمح فيها بالحضور لكل شخص، وأن يسبب القاضي حكمه، وأن ينطق به في جلسة علنية. وأن يسمح -كضمان لتحقيق هذه العلانية من الناحية الفعلية- بنشر المناقشات والمرافعات ومنطوق الأحكام في الصحف، فقد لا يحضر الجلسات سوى عدد قليل من الجمهور"³.

ويفيد هذا المبدأ في ضمان مراقبة الأداء الوظيفي لجهاز القضاء، والإشراف على أعمال المحاكم من طرف الرأي العام، وإكسابه الشفافية التي تبعث في نفوس الناس الطمأنينة والثقة في نزاهة القضاة، وما يصدر عنهم من أحكام⁴. ذلك أن من شأن هذا الإشراف وتلك الرقابة أن تحمل القضاة على الاستزادة من الحرص على احترام المشروعية، وتحقيق العدالة للأفراد، من خلال قيامهم بواجب الفصل في الخصومات والنظر في الوقعات على وجهه الأكمل ما دام تحت أنظار الرأي العام⁵.
غير أن لهذا المبدأ استثناءات تجوز للمحكمة -من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب أحد الخصوم- أن

1 - تنص المادة 6 من الأمر رقم 69-27 المتضمن القانون الأساسي للقضاء على أنه: "يوضع قضاة النيابة العامة تحت إدارة ومراقبة رؤسائهم السلميين، وتحت سلطة وزير العدل حامل الاختتام".

2 - حاحة، عبد العالي ويعيش، تمام آمال: تطبيقات مبدأ الفصل بين السلطات في ظل دستور 1996، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة بسكرة، ع 4، 2014، ص 267 و 268. عبدلي، سفيان: ضمانات استقلالية السلطة القضائية، دار الجزائر، الجزائر ط1، 2011، ص74.

3 الصاوي، أحمد: الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار النهضة العربية، مصر، د.ط، 2010، ص 88.

4 - R. Cabrillac: *Liberté Et Droits Fondamentaux*, Dalloz, France, 19 ed, 2013, p 592. - F. Kuty: *L'Impartialité Du Juge En Procédure Pénale*, Bruxelles, 2005, p 151.

5 - شرف، عبد الحكم أحمد: المبادئ الأساسية لتنظيم القضائي المقارن، مرجع سابق، ص 273. التحيوي، محمود: نظام القضاء المدني، دار المطبوعات الجامعية، مصر، د.ط، 2001، ص 65. أبو طالب، حامد: التنظيم القضائي، مرجع سابق، ص 49.

تجعل الجلسة المنظورة سرية لدواعٍ معينة تتعلق بالنظام العام، أو الآداب العامة، أو سمعة الأسرة وحرمتها¹. وقد نص على ذلك قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة السابعة، والتي جاء فيها: "الجلسات علنية ما لم تمس العلانية بالنظام العام، أو الآداب العامة، أو حرمة الأسرة". بيد أنه وفي كل الأحوال لا بد وأن يصدر الحكم الفاصل في النزاع علنياً، كما هو منصوص بالمادة 270 من ذات القانون.

3- المساواة أمام القضاء:

تعد أهم المبادئ التي تقوم عليها النظم القضائية لأنها معيار العدالة، وعنوان الثقة والكرامة الإنسانية²، ويقتضي قيامها توافر أمرين اثنين هما:

أ- أن يتاح لكل المواطنين الحق في اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالحقوق التي يدعونها. وهذا ما قرره الدستور بالفقرة الثانية من المادة 140، والتي جاء فيها: "الكل سواسية أمام القضاء، وهو في متناول الجميع، ويجسده القانون". وهو ذات ما أكدته المادة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص: "يجوز لكل شخص يدعي حقاً رفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته".

ب- عدم الميز والمحاباة بين الأشخاص في تطبيق إجراءات سير الخصومة؛ من حيث الاستدعاء والاستماع إلى ادعاءاتهم، وبسط حججهم، وطرح أدلتهم... وغيرها من الإجراءات طالما كانت قضاياهم متماثلة، ومراكزهم الإجرائية واحدة³. ويشمل مبدأ المساواة عدم التفرقة بين الناس كافة بسبب جنس أو أصل أو لون أو عرق أو لغة؛ فالمادة 140 من الدستور تقرر أن: "أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة، الكل سواسية أمام القضاء".

فالمساواة حق دستوري محمي بقوة القانون من أي تعسف أو انحراف⁴. ولا يتأتى تطبيقه إلا من طريق أعمال مبدئين اثنين، يتعلق أولهما بوحدة الجهات القضائية المختصة، والتي تضمن أن يكون معيار اختصاصها طبيعة الموضوع، لا شخص المتقاضى. بينما يرتبط الثاني بوحدة القانون المطبق، الذي يقتضي تماثل المعاملة بين الخصوم أمام القضاء، من حيث فرص الإثبات، وإجراءات التحقيق، وتقديم الطلبات، ليكون معيار الحكم الفاصل في القضية هو طبيعة القضايا، والظروف الملازمة لها، ولو تماثلت أجناس الدعاوى، واتحدت أركان الخصومات والجرائم⁵.

1 - بويشير، محمد أمقران: النظام القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص 93. أبو الوفا، أحمد: المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 57.

2 - الشوربيجي: حقوق الانسان امام القضاء في الإسلام، مجلة الحاماة، مصر، ع 7 و8، سبتمبر واکتوبر 1991، ص 126.

3 - التحوي، محمود: نظام القضاء المدني، مرجع سابق، ص 65.

4 - تنص المادة 150 من الدستور على: "يحمي القانون المتقاضى من أي تعسف أو انحراف يصدر من القاضي".

5 - بويشير، محمد أمقران: النظام القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص 36 و37.

4-التقاضي على درجتين:¹

يقصد بمبدأ التقاضي على درجتين منح الفرصة للخصم الذي خسر الدعوى، أو لم يحصل على مبتغاه منها أن يعرض النزاع مرة أخرى أمام محكمة أعلى لإعادة الفصل فيه من جديد عبر الاستئناف². ويعد مبدأ التقاضي على درجتين من القواعد الأساسية المكرسة للعدالة؛ فهو من جهة يحمل قضاة الدرجة الأولى على التدقيق في عملهم القضائي، وفحص الادعاءات، والحرص أثناء استصدار الأحكام وفق ما يوحي به نص القانون، كما أنه يتيح للمتقاضين -من جهة أخرى- إمكانية تصويب أحكام محكمة الدرجة الأولى مما شابها من خطأ أو تقصير؛ كون الدرجة الثانية مظنة الإصابة بتعدد قضاة، وتوسع خبرتهم، كما تمكن الخصوم من تدارك ما فاتهم من أوجه الاستدلال، وحجج الدفاع أمام هذه الدرجة³.

وقد راعى المشرع الجزائري هذا المبدأ في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث تقضي المادة السادسة منه -كأصل عام- أن التقاضي يقوم على درجتين، وهو ذات ما تؤكدته المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية، غير أنه واستثناء من هذه القاعدة نص المشرع على حالات مخصوصة يقتصر التقاضي فيها على درجة واحدة، وتصدر أحكامها بصفة نهائية غير قابلة للاستئناف، كما في الجوانب غير المادية لحالات الطلاق والتطليق والخلع في الشق المدني "المادة 57 من قانون الأسرة"، أو في حال الأحكام الصادرة في المخالفات التي تقضي بعقوبة لا تتجاوز خمسة أيام حبسا، أو غرامة لا تزيد عن 100 دج "المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية" في الشق الجزائي.

5-مجانية القضاء:

يعد هذا المبدأ نتيجة حتمية لقاعدة المساواة أمام القضاء؛ إذ لا يتاح الحق في المرافعة للناس كافة دون ميّز مكانة أو إمكانية إلا إذا كفلت الدولة أجر إقامته ونفقة القائمين به باعتباره خدمة عامة، حتى لا يحرم منه محتاج، أو يمنعه فقير⁴. ولا تتنافى المجانية هنا مع دفع المتقاضين لبعض الأعباء المالية، في شكل رسوم،

¹ - تقرر مبدأ التقاضي على درجتين لأول مرة في فرنسا بقانون أول مايو 1790 بسبب النقد الشديد الذي تعرض له نظام التعدد المفتوح الذي كان يصل إلى خمس درجات، كونه يساعد الملك وحاشيته من المنتفذين في إلغاء الأحكام وإطالة أمد النزاعات. ينظر:

- A. Delebecque: **Bulltin Des Lois Et Arrêts**, Bruylant, Bruxelles, 1859, tome 3, p 09. V. Kerckhove: **Journal De Procédure Du Cahiers Mensuels**, Larcier, Bruxelles, 1864, p 79 et 80.

² -الصاوي، أحمد: الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 76.

³ - رغم وجهة الاعتبار التي يقوم عليها مبدأ التقاضي على درجتين غير أنه لاقى اعتراضات عديدة وانتقادات شديدة من بعض الفقهاء، كونه يطيل النزاع ويزيد من نفقات التقاضي ويرهق المتقاضين، وهو ما جعل التساؤل يثور بشأن جدوى التقاضي أمام الدرجة الأولى ما دامت ضمانات الصحة أدهى وأوفر في الثانية. يراجع: أبو الوفا، أحمد: المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 54 و55.

⁴ -الصاوي، أحمد: الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 57.

لقاء ما يرفعون من دعاوى يتحملها الخصم المخفق فيها¹، وتشمل المصاريف القضائية الرسوم المستحقة للدولة، ومصاريف سير الدعوى؛ من تبليغ وترجمة وخبرة وتحقيق، ومصاريف التنفيذ وأتعاب المحامي، كما هو منصوص بالمادة 418 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وتراعى الدولة في تقديرها لهذه الرسوم المبدأ الوسط الذي يستجيب لاعتبارين مهمين هما:

أ- ألا تكون مجانية القضاء دافعا مشجعا للأفراد على رفع دعاوى كيدية، لإشاعة اللدد في الخصومة.

ب- ألا تكون المصاريف القضائية عائقا مانعا من تكريس حق اللجوء إلى القضاء.

غير أنه واستثناء من ذلك، يمكن أن يعفى بعض الأشخاص بسبب عدم كفاية مواردهم من التزام التبعات المالية للالتجاء إلى القضاء، عبر الاستفادة من المساعدة القضائية. وهو ما نصت عليه المادة 417 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. على أن توجه طلبات الاستفادة إلى رئيس مكتب المساعدة القضائية المختص مشفوعا بالوثائق التالية:

- عرض وجيز لموضوع الدعوى، أو العمل الولائي، أو التنفيذ المراد مباشرته.
- مستخرج من جدول الضرائب، أو شهادة عدم فرض الضريبة.
- كشف الراتب للأشهر الثلاثة الأخيرة، عند الاقتضاء.
- تصريح شرطي يثبت فيه المعني موارده مصادق عليه من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي لمحل الإقامة.

وتودع لدى أمانته الدائمة مقابل وصل، كما ينص على ذلك قانون المساعدة القضائية 09-2002².

6- تعدد القضاة والقاضي الفرد:

تعتمد أغلب النظم القضائية نظام تعدد القضاة على مستوى محاكم الدرجة الثانية والمحكمة العليا، غير أن الأمر محل خلاف بالنسبة لمحاكم الدرجة الأولى؛ فمنها ما يقيم تشكيل المحكمة على قاض فرد، ومنها ما يأخذ بنظام الهيئة القضائية³. ولكل نظام مزاياه وعيوبه، فاعتماد نمط القاضي الفرد يجد مبرره في حمل القاضي على استشعار ثقل المسؤولية تجاه ما ينظر من قضايا، مما يكرس دقة أكبر في التمحيص وأناة وحرصا إضافيين في تفحص الوقائع، ويضمن بالتالي إصابة في التطبيق، وصحة في التنزيل للأحكام القانونية

1 - تنص المادة 419 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: "يتحمل الخصم الذي خسر الدعوى المصاريف المترتبة عليها ما لم يقرر القاضي تحميلها كليا أو جزئيا لخصم آخر مع تسبب ذلك".

2 - نظم القانون 09-02 الحالات المتعلقة بالمساعدة القضائية وشروطها وإجراءاتها الواجبة الاتباع. انظر: القانون رقم 09-02، المؤرخ في 25 فبراير 2009، المعدل والمتمم للأمر 71-57 المتضمن المساعدة القضائية، الجريدة الرسمية، في 08 مارس 2009، ع 15، ص 09 وما بعدها.

3 - شرف، عبد الحكيم أحمد: المبادئ الأساسية لتنظيم القضائي المقارن، مرجع سابق، ص 276.

على محاله الملائمة لها في أقصر الآجال¹.

أما نظام تعدد القضاة فيجد مسوغه في أنه أدعى إلى تحقيق العدالة لاشتماله على تعدد وجهات النظر، مما يحقق رقابة أكبر على العمل القضائي من طرف القضاة، ويكسب القضاء استقلالية بعيدة كل الضغوط والمؤثرات التي يتعرض لها القاضي الفرد، مما يقلل حالات الخطأ ويبعد القرارات الصادرة عن غيلة التحيز².

والمبدأ العام في النظام القضائي الأسري الجزائري الأخذ بتعدد القضاة في تشكيلة المجالس القضائية، باعتباره جهة الاستئناف للأحكام الصادرة عن المحاكم، كما تنص على ذلك المادة 5 من القانون العضوي 11-05 المتعلق بالتنظيم القضائي، أما تشكيلة الدرجة الأولى فتتركب -كقاعدة عامة- من قاض فرد كما هو نص المادة 15 من ذات القانون، والتي جاء فيها: "تفصل المحكمة بقاض فرد، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"³.

7-تسبب الأحكام والقرارات:

يقصد بمبدأ تسبب الأحكام القضائية: "التحقق من أن القاضي قد فهم ما أحاط بالدعوى من مسائل قانونية، وأنه كيفها التكييف الصحيح بعد التحقق من توافر شروطه، وأنه قد أرسى عليها الآثار القانونية الصحيحة"⁴، ويعد التسبب بذلك أشق وأثقل جانب في العمل القضائي الذي يتولاه القاضي، لأن إقامة الأسباب ووضعها يتطلب منه أن يقتنع بما ابتداء، ليقنع بها كل من يراقب هذا الحكم⁵، وغاية مقصود المشرع منه هو ضمان دراسة الدعاوى، وتمحيص وقائعها، والتدقيق في تكييفها، وإنفاذ حكم القانون فيها على وجهه الصائب. وفي ذلك ضمان من التحيز أو الميل في القضاء ليتجسد بالتالي للأحكام احترامها الواجب لها في مواجهة كافة الأطراف، وليتسنى لكل ذي صفة أو مصلحة منهم أن يناقشها إذا بنيت على مخالفة القانون، أو الخطأ في تطبيقه، أو تأويله إذا وقع فيها أو في إجراءاتها ما يبطلها. ويتحصل من هذا البطلان حق الطرف المتضرر في التظلم منه بطرق الطعن الجائزة قانوناً⁶.

وقد راعى المشرع الجزائري هذا المبدأ في تنظيمه القضائي، إذ تنص المادة 144 من دستور 1996

¹ - J. Louis Bergad: *Théorie Générale Du Droit*, Dalloz, France, 5 ed, 2012, p 362 et 363.

² - G. Couchez: *Procédure Civile*, Dalloz, France, 17 ed, 2014, p 33 et 34.

³ - يستثني قانون الإجراءات المدنية من هذا المبدأ في الجانب المدني حالتين اثنتين تتعلقان بقضايا المسائل الاجتماعية "المادة 502"، والقسم التجاري "المادة 533" اين يعين القاضي في فصل الخصومة ومداولتها مساعدان اثنان.

⁴ - أبو الوفا، أحمد: *تسبب الأحكام*، مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية، مصر، ع 1 و 2، 1957، ص 03.

⁵ - القاضي، محمود: *تسبب الأحكام*، مجلة القضاء، العراق، ع 1، آذار 1966، ص 10.

⁶ - سالم، أحمد: *تسبب الأحكام ورقابة محكمة النقض*، مجلة المحاماة، مصر، ع 1، سبتمبر 1953، ص 169. - أبو الوفا، أحمد: *تسبب الأحكام*، مرجع سابق، ص 04.

على أنه: "تعلل الأحكام القضائية، وينطق بها في جلسات علانية"، وأكدته مدونة أخلاقيات مهنة القضاء، وقرره قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالنسبة للمحاكم بالمادة 277 والتي جاء فيها: "لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسببيه، ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون، وأن يشار إلى النصوص المطبقة". وبالنسبة للمجالس القضائية بالمادة 554.

8- حصول الإجراءات في مواجهة الخصوم:

من قواعد النظم القضائية المهمة أن يصل إلى علم الأطراف كل إجراء من إجراءات الخصومة الذي يتخذه خصومهم ضدهم، حتى تتاح لهم فرصة الرد والدفاع عن مراكزهم القانونية، ومصالحهم التي يريدون حمايتها¹. ويرتب هذا المبدأ على المدعي أن يسلم المدعى عليه بالطلبات الموجهة إليه، كما يعطي الحق للطرفين معا في الاطلاع على الأوراق والمستندات المودعة أثناء الجلسة أو خارجها عبر أمين الضبط، بنص المادة 23 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. كما يوجب على القاضي ألا يبتني حكمه خارج إطار الأدلة والأقوال المقدمة إليه أثناء المرافعة، فإذا تقدم أحد الخصوم بعرض وثائق على القاضي، وثبت عدم إبلاغها إلى الخصم الآخر، أمكن القانون القاضي -بناء على طلب- أن يأمر شفهايا بإبلاغ هذه المستندات إلى علم ذلك الخصم، مع تحديد أجل وكيفية هذا الإبلاغ، وللقاضي أن يستبعد من المناقشة أي إثبات لم يتم إبلاغه خلال الآجال القانونية، والكيفيات المحددة قانونا.

9- حياد القاضي:

تقتضي أمانة العدالة في القاضي أن يزن المصالح القانونية لأطراف القضية المنظورة أمامه بعين الحق، وميزان العدل. ولا يتحقق ذلك إلا بالتزام الحياد والابتعاد عن التحيز لهذا الخصم أو ذاك، بسبب التأثير بمركز اجتماعي، أو معتقد فكري، أو انتماء سياسي...

ولا يتوقف واجب القاضي عند التزام هذا التجرد، بل عليه أن يسعى جاهدا ليحمي مظهر هذه الحيادة في سلوكاته، وتصرفاته، وسائر شؤون حياته²، فانحيازه أو محاباته مخرم ماسا باستقلالية القضاء. و"قلما يحاسب القاضي على إخلاله بمبدأ الحيادة، وإنما كثيرا ما يحاسب على إخلاله بمبدأ حماية مظهر الحيادة، ولهذا تفترض قوانين النظم القضائية حياد القاضي، وإنما هي تعنى بدقة وتعمق بحماية مظهر هذه الحيادة"³.

ومن الضمانات التي كفل بها المشرع حماية مظهر حياد القاضي:

¹ أبو طالب، حامد: التنظيم القضائي، مرجع سابق، ص 56.

² بوشير، محمد أمقران: النظام القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص 80 و 81. مازحسن، طالب: القاضي الجزائري بين واجب الحماية والحاجة إليها، مجلة الفقه والقانون، الجزائر، ع 14، 2013، ص 263.

³ -أبو الوفا، أحمد: المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 60.

أ- منع القاضي من ممارسة أي عمل أو وظيفة تتنافى مع عمله القضائي أو تؤثر في أدائه، أو تغير قناعته، أو تدر عليه عوائد ربحية مادية كانت أو معنوية، "المواد 16،17،18 من القانون الأساسي للقضاء".

ب- إبعاد القاضي عن العمل بالجهة القضائية التي سبق له أن شغل به وظيفة عمومية أو خاصة أو مارس بصفته محاميا أو ضابطا عموميا إلا بعد انقضاء مدة خمس سنوات، "المادة 21 من القانون الأساسي للقضاء"، وكذا الجهة التي يوجد بدائرة اختصاصها مكتب زوجه المحامي، "المادة 19 من القانون الأساسي للقضاء".

ج- جواز تنحية القاضي عن النظر في دعاوى يعينها حين يحوم الشك في صلاحيته لحكمها بسبب مصالح مادية له أو لأحد اقاربه إلى الدرجة الثانية "المادة 22 من القانون الأساسي للقضاء".

د- يحظر على القاضي ممارسة أية نيابة انتخابية سياسية "المادتين 14 و 15 من القانون الأساسي للقضاء"

وتكريسا لحماية مظهر الحياد لدى القضاة أجاز القانون للأطراف في الدعوى طلب رد القاضي، ومنعه من نظر الدعوى كلما قام سبب وجيه يدعو إلى الشك في تجرده، وحياده كأن تكون له مصلحة في النزاع، أو له صلة بأحد أطرافه أو كان له سبق رأي فيه، كما هو منصوص بالحالات المذكورة بالمادة 241 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. بل إن المادة 246 من ذات القانون تلزم القاضي الذي علم أنه في وضعية قابلة للرد بالمفهوم السالف أن يقدم طلبا إلى رئيس الجهة القضائية التابع لها بغرض استبداله. بل وأمكن القانون المتقاضين من رد جهة قضائية بأكملها رغم اختصاصها، في حال ثبوت شك في ميلها وتحيزها بسبب الشبهة المشروعة، كما هو نص المادة 249 من ذات القانون، غير أنه لم يحدد حالات وصور هذه الشبهة، والتي يصرار في تفسيرها إلى السلطة التقديرية للجهة المختصة بنظرها.

ثانيا- ضوابط القائم بالتنزيل القضائي:

1-الجنسية الجزائرية:

يشترط القانون الأساسي للقضاء أن يكون المترشح لتولي مهنة القضاء متمتعا بالجنسية الجزائرية إذ أن القضاء ولاية عامة ومنصب سيادي في الدولة ولا يصدق تولى الوظائف العامة إلا لمن كان حائزا على صفة المواطنة فيها وسيان في ذلك أكان انتماءه للدولة متأت من جنسية أصلية أو مكتسبة¹، وفقا لنص المادة

¹ - تنص المادة السادسة من الأمر 01-05 على أنه: يعتبر جزائريا أصيلا الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية، كما يمكن اكتساب الجنسية بالزواج أو بالإقامة لمدة 7 سنوات ابتداء من تاريخ تقديم الطلب، وفق نص المادتين 9 مكرر و10 من القانون الجنسية. ينظر الأمر رقم 01-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن تعديل قانون الجنسية، الجريدة الرسمية، 27 فبراير 2005، ع 15، ص 15.

37 من القانون العضوي رقم 04-11، التي تنص على أنه يشترط في توظيف الطلبة القضاة التمتع بالجنسية الجزائرية أو المكتسبة". وقد أسقط القانون الأساسي للقضاء في نسخته الأخيرة مسألة مضي عشر سنوات على الاكتساب، كشرط في الترشح لولاية القضاء المنصوص بالمادة 27 من القانون رقم 89-121.

2- كمال الأهلية:

لما كان مبنى القضاء على ولاية النظر، كان القائم به مفتقرا إلى بلوغ الرشد، وسلامة العقل، وجودة الفكر حتى يتوصل إلى تصور ما يستشكل، وفصل ما يعضل من القضايا التي تعرض عليه. فلا ولاية لصبي أو مجنون، لقيام العارض المانع من صحة نظره في أمور نفسه، فمن باب أولى أن يحال بينه وبين ولاية غيره. بل إن للقاضي في هذا مزيد حاجة إلى الذكاء والنباهة والفتنة، حتى لا ينخدع بظاهر الأقوال، وعاجل الأحوال التي تتراءى على المتخاصمين، فيقع في مزلة الظلم وهنة الحيف.

وتأكيدا لذلك يشترط القانون استيفاء المترشح لمنصب القضاء شروط الكفاءة العقلية، والتي تثبت بشهادة من أخصائي في الأمراض العقلية، كما هو نص المادة 28 من المرسوم التنفيذي 05-303، المتضمن تنظيم المدرسة العليا للقضاء، وكيفية سيرها، وشروط الالتحاق بها². غير أن المشرع لم يحدد السن الدنيا المستوجبة في القضاة، واكتفى بتحديد السن القصوى للمشاركة في مسابقة القضاء، والتي حددتها ذات المادة بـ 35 سنة يوم تاريخ المسابقة. وكان الأحرى بالمشرع أن يتولى ضبط الحد الأدنى للسن القانوني للقاضي، بما يتناسب وشرف هذا المنصب الخطير لصون هيئته لدى المتقاضين؛ إذ أن الواجب يستدعي فيمن يتصدر كرسي القضاء ليحكم في الدماء والفروج توافر مبلغ من النضج والخبرة والحلم والحكمة التي لا تتأتى لمن يكون حديث عهد بسن الرشد المدني³.

3- التأهيل العلمي:

¹ - علل المجلس الدستوري في رقبته على مشروع القانون العضوي 04-11 إسقاط هذا الشرط بعدم دستوريته، لإخلاله بمبدأ مساواة المواطنين أمام القانون المنصوص عليه في المادة 29 من الدستور. ينظر رأي المجلس الدستوري رقم 02-ر. ق. ع/م.د/04، المؤرخ في 22 أوت 2004، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتضمن القانون الأساسي للقضاء للدستور، الجريدة الرسمية، 8 سبتمبر 2004، ع 57، ص 07 وما بعدها.

² - المرسوم التنفيذي 05-303، المؤرخ في 20 أوت 2005، المتضمن تنظيم المدرسة العليا للقضاء وكيفيات سيرها، وشروط الالتحاق ونظام الدراسة فيها، وحقوق الطلبة القضاة وواجباتهم، الجريدة الرسمية، 25 أوت 2005، ع 58، ص 19.

³ حدد القانون الأساسي للقضاء بالأمر 69-27 السن الدنيا للترشح لامتحان القضاء بـ 21 سنة في المادة 13 منه، ثم رفعها بالقانون رقم 89-21 إلى 23 سنة (المادة 27). غير أنه أسقط ذكرها صراحة في القانون الحالي، مما يعني أن السن المسموحة لاجتياز مسابقة توظيف القضاء بين سن الرشد القانون 19 سنة (المادة 40 من القانون المدني)، و 35 سنة المنصوصة بالمرسوم التنفيذي 05-303.

يستوجب القانون في متولي منصب القضاء توافره على مؤهل علمي متخصص في العلوم القانونية، ليتمكن من الحكم فيما ينظر من القضايا والدعاوى المعروضة عليه. ولذلك نصت المادة 28 من المرسوم التنفيذي 05-303 على اشتراط حيازة المترشح لمسابقة القضاء على شهادة البكالوريا في التعليم الثانوي، وثمانية سدايسات من التعليم العالي المتوج بشهادة ليسانس في الحقوق على الأقل أو شهادة تعادلها. وتأكيدا على هذا الاشتراط يجري المترشح سبعة اختبارات كتابية في مقاييس قانونية مختلفة، فضلا عن اختبارين شفهيين للثبوت من المكتسبات القبلية للمترشح في العلوم القانونية، وتفحص ثقافته العلمية المتخصصة. غير أن ذلك -وحده- لا يؤهله لأن يياشر وظيفة القضاء؛ إذ -فضلا عن ذلك- يشترط القانون العضوي 04-11 حيازة القاضي على تكوين قاعدي بالمدرسة العليا للقضاء لمدة 3 سنوات، مع تكوين ميداني تطبيقي ومستمر¹، وستولى هنا التفصيل في ذلك على النحو الآتي:²

أ- التكوين القاعدي للقضاء:

يتركز عمل المدرسة العليا للقضاء أساسا على تلقين الطلبة تكوينا نظريا وتطبيقيا في المنهجية القضائية، والتأهيل المهني الواجب توافره في أداء الوظيفة الموكولة إلى القاضي في تطبيق القانون، وفي ذلك تنص المادة 33 من المرسوم التنفيذي 05-303 على: "يشمل التكوين القاعدي الذي تقدمه المدرسة على الخصوص محاضرات منهجية، وأعمالا موجهة، وحلقات دراسية، وتمثيل جلسات، وتدريب على مستوى الجهات القضائية، وكذا رحلات دراسية". فهو في شقه النظري قائم على تعميق المكتسبات المعرفية التي تلقاها الطلبة القضاة بالجامعة، مع تعزيزها بشتى المعارف القانونية المساعدة على ممارسة كل الوظائف القضائية في سلك الحكم أو النيابة، وفي مختلف درجات التقاضي، وعلى مستوى شتى الهياكل القضائية والإدارية.

أما القسم العملي والتقني للتكوين، فهو يتأسس على الأعمال التطبيقية، والتدريب، والزيارات الميدانية للمحاكم والمجالس القضائية، ومراكز الضبطية القضائية. فضلا عن إقامة الرحلات الدراسية قصد تدعيم الثقافة القانون للطلبة القضاة، وضمان تفرسهم واكتسابهم المهارات القضائية اللازمة لتقلد مسؤولياتهم، وإطلاعهم على مناهج العمل التي تحكم النشاط القضائي المعتمد قانونا³.

1 - سمراء، سمير: مسؤولية القاضي في تحقيق العدالة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2011م، ص74 وما بعدها.

2- عبدلي، سفيان: ضمانات استقلالية السلطة القضائية، مرجع سابق، ص74.

3 - تتولى المدرسة العليا تحديد الدليل التطبيقي للزيارات الدراسية والإعلامية، داخل الهياكل القضائية، أو الهيئات العمومية التي تربطها علاقة مباشرة مع القضاء، ومن ثم ترسلها إلى الطلبة القضاة المعنيين بها. ثم تقوم بتجسيد الخطط التي يرسمها هذا الدليل من خلال الدروس والتدريب والرحلات الميدانية إلى أمانات الضبط، وأقسام المحاكم، وغرف المجالس القضائية والمحكمة العليا ومجلس الدولة، لإطلاع الطالب عن قرب على آليات تطبيق

وحدد المرسوم 05-303 مدة التكوين الإعدادي بثلاث سنوات (المادة 32) على أن تخصص الربع الأخير من السنة الأولى، والثلاثين الأخيرين من السنتين المتبقيتين للتربصات الميدانية¹. على أن يجتاز بعدها الطلبة القضاة امتحانا للتخرج يشمل اختبارات كتابية، واختبارا شفهيًا، مع مناقشة مذكرة تخرج في المدرسة العليا للقضاء (المادة 35).

وإضافة لذلك فإنه يتعين على القضاة الحائزين على شهادة المدرسة العليا قبل ترسيمهم كقضاة أن يخضعوا لفترة عمل تأهيلية لمدة سنة واحدة، قصد اختبار مواهبهم، وصقل خبراتهم بالممارسة الفعلية للواجبات المنوطة بهم، يتوج ذلك كله تقييم شامل لأداء القاضي خلال فترة التربص ليثمر ترسيمه بصفة قانونية في منصبه في حال النجاح، أو تمديد فترة التأهيل لسنة أخرى في جهة قضائية خارج اختصاص المجلس الذي تمت فيه الفترة التأهيلية الأولى، أو إعادته في سلكه الأصلي، أو تسريحه وفق ما نصت عليه المادة 40 من القانون الأساسي للقضاء 04-11. غير أنه واستثناء من أصل التعيين عبر المسابقة، يمكن تعيين القضاة على نحو مباشر في منصبين قضائيين هما:

- المستشار بالمحكمة العليا.

- المستشار بمجلس الدولة.

ويكون ذلك بناء على اقتراح من وزير العدل وبعد مداولة المجلس الأعلى للقضاء بشرط، أن يكون من:

- حاملي دكتوراه الدولة، بدرجة أستاذ التعليم العالي في الحقوق، أو الشريعة والقانون، أو العلوم المالية، أو الاقتصادية، أو التجارية، والذين مارسوا فعليًا عشر سنوات على الأقل في الاختصاصات ذات الصلة بالميدان القضائي.

- المحامين المعتمدين لدى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، الذين مارسوا فعليًا هذه المهنة لمدة عشر سنوات.

ب- التكوين المستمر :

يكتسي التكوين المستمر أهمية بالغة؛ من حيث أنه يساهم في تحسين مستوى فاعلية الأداء لدى القضاة الذين هم في حالة الخدمة²، من خلال تعميق معارفهم القانونية، وتحسين مداركهم المهنية، وتحسين

القوانين، واستصدار الأحكام وتسيبها، وطرق حفظ الملفات ومسكها، وإشراكه بالتالي في الفعل القضائي، وإدماجه في الواقع الميداني. ينظر: سمراء، سمير: مسؤولية القاضي في تحقيق العدالة، مرجع سابق، ص75 و76.

¹ - ينظر موقع المدرسة العليا: https://esm.dz/pages_ar/stage_ar.php، تاريخ الاطلاع: 2015/06/10.

² - تاريخ الاطلاع 2015/06/10، https://esm.dz/pages_ar/suite_fc_ar.php -

ثقافتهم المعرفية بشؤون القضاء، وما يتطلبه من تكيف مستمر وإنتاج دائم على المحيط القضائي بمختلف جزئياته، ومواكبة التطورات المستجدة فيه والإصلاحات التشريعية الحاصلة¹.

وتأكيدا لذلك اعتبرت المادة 13 من القانون العضوي 04-11 التكوين المستمر ضرورة ملزمة لكل القضاة العاملين، إذ جاء فيها: "يجب على القاضي أن يحسن مداركه العلمية، وهو ملزم بالمشاركة في أي برنامج تكويني وبالتحلي بالمواظبة والجدية خلال التكوين". بل وألزمته بأداء هذا الواجب بعد استحقاقه لفائدة زملائه القضاة وموظفي القضاء.

ويقوم برنامج هذا التكوين الموكول إلى المدرسة العليا للقضاء على تنظيم دورات تأهيلية، وحلقات دراسية متخصصة تدوم من ثلاثة أشهر إلى سنة بناء على طلب من وزارة العدل، التي يتولى حافظ الأختام فيها تعيين هذه التخصصات، وعدد المناصب المفتوحة، والبرنامج المسطر لكل تخصص، وفق نص المادة 36 من المرسوم التنفيذي 05-303.

كما يتضمن التأهيل لقاءات منظمة لتسهيل عملية التواصل مع المحيط الخارجي وتطوير اللقاءات مع أعضاء السلطة القضائية. فضلا عن التدريبات التي تؤطرها مؤسسات تكوينية عليا؛ كالمدرسة الوطنية للإدارة، والمدرسة الوطنية لكتاب الضبط، ومدرسة الدرك الوطني، ومدرسة الشرطة شاطونوف².
وتمنح في الأخير شهادة التكوين المستمر من طرف المدرسة العليا لكل قاضي نجح في اجتياز الاختبارات الكتابية والشفهية، وأعمال البحث المقررة بالمادة 38 من المرسوم 05-303 في نهاية هذا التأهيل.

4-الكفاءة البدنية:

يشترط في متولي القضاء أن يكون سليم الحواس، لأن فقدانها له تأثير كبير على إثبات الحقوق وضياعها. والأولى أن يسلم القاضي من العاهات المزمنة المعيبة والآفات المعدية، والتي من شأنها أن تعيقه عن أداء مهمة الفصل في الخصومات والنظر في القضايا، ولذلك نصت المادة 28 من القانون العضوي المتعلق بتنظيم المدرسة العليا للقضاء³ على وجوب استيفاء المترشحين لوظيفة القضاء للكفاءة الصحية،

¹ - تنص المادة 42 من القانون الأساسي للقضاء على: "يهدف التكوين المستمر إلى تحسين المدارك المهنية والعلمية للقضاة الموجودين في حالة خدمة".

² تاريخ الاطلاع 2015/06/10، https://esm.dz/pages_ar/sessions_ar2.php

³ - أسقط شرط الكفاءة الصحية من القانون الأساسي للقضاء رقم 04-11، واكتفى المشرع بالنص عليه ضمن شروط الترشح للانتحاق بالمدرسة العليا للقضاء، وهذا يثير الإشكال في الحال التي يصاب فيها الطالب القاضي بعوارض صحية وعاهات خلقية، أثناء التكوين، أو بعد التوظيف؟؟ فهل تكون سببا في تسريحه أم لا؟؟

والقدرة البدنية المثبتة بشهادات طبية عامة وصدقية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر، تؤكد سلامة المترشح من: ¹

- الإصابة من أي عاهة أو مرض مزمن.
- الإصابة بالأمراض المعدية².

5-التمتع بالحقوق المدنية والوطنية:

يستوجب القانون في المترشح لتولي منصب القضاء أن يكون متمتعاً بكامل حقوقه المدنية والوطنية المكفولة بنص الدستور³. وهو ما نص عليه البند الرابع من المادة 28 من المرسوم التنفيذي 05-303 في حق المترشحين لوظيفة القضاء، ومقتضى هذا الشرط ألا يكون الشخص مداناً بأي خيانة أو جنحة تحرمه من ممارسة هذه الحقوق المنصوص عليها كعقوبة تكميلية في قانون العقوبات، والمنظمة بالمواد 9 و9 مكرر 1 و14 من ذات القانون⁴. ولذلك أوجبت المادة 29 من ذات المرسوم على إدارة المدرسة طلب إجراء تحقيق إداري من المصالح المؤهلة للتأكد من تمتع الطلبة القضاة بحقوقهم المدنية والوطنية⁵، فضلاً عن اشتراط صحيفة السوابق العدلية في ملف الترشيح⁶.

6-حسن السيرة والسلوك:

- 1 - تنص المادة الأولى من المرسوم رقم 66-144 المتعلق بشروط اللياقة البدنية للقبول في الوظائف العمومية على ألا يعين في وظيفة عمومية من لا يقدم للإدارة:
- شهادة طبية صادرة من طبيب محلف في الطب العام، تثبت خلوه المعني من أي مرض أو عاهة لا تلائم مهام الوظائف، وتثبت علاوة على ذلك بعد الفحص الجاري الموجه بصورة خاصة نحو اكتشاف أمراض عقلية أو إصابات بالسرطان، أو التهاب النخاع السنجابي (الشلل)، أنه لا توجد أية أعراض مرضية بهذا الخصوص.
- شهادة صادرة عن طبيب الأمراض الصدرية تثبت خلوه المترشح من إصابته بالسل أو شفاؤه النهائي منه. ينظر الأمر 66-144، المؤرخ في 2 يونيو 1966، المتعلق بشروط اللياقة البدنية للقبول في الوظائف العمومية وتنظيم اللجان الطبية، الجريدة الرسمية، 8 يونيو 1966، ع 46، ص 571.
- 2 - <https://esm.dz/lieu/balaghe2014.pdf>، تاريخ الاطلاع 2015/06/11.
- 3 - خصص المؤسس الدستوري فضلاً مستقلاً للحقوق الحريات التي يضمنها الدستور لكل المواطنين على حد سواء، وهو الفصل الرابع من الباب الأول.
- 4 - تنص المادة 9 مكرر من قانون العقوبات على: "يتمثل الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية في: -العزل أو الإقصاء من جميع الوظائف والمناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة. -الحرمان من حق الانتخاب أو الترشيح ومن حمل أي وسام. -عدم الأهلية لأن يكون مساعداً.
- 5 - أشارت المادة 77 من القانون الأساسي للوظيفة العمومية إلى إمكانية إجراء تحقيق إداري مسبق إذا اقتضت ذلك خصوصية السلك المراد التوظيف فيه.

تاريخ الاطلاع 2015/06/11. <https://esm.dz/lien/balaghe2014.php> - 6

تعتبر العدالة إحدى الركائز المهمة لصلاحية تقلد أي وظيفة عمومية؛ إذ الواجب على الموظف أن يكون على قدر من الاعتدال، وحسن السمعة، ودمائة الخلق، وجودة الاستقامة داخل محيط العمل وخارجه¹. وهذا ما أكدته المادة 42 من القانون الأساسي للوظيفة العمومية والتي جاء في نصها: "يجب على الموظف تجنب كل فعل يتنافى مع طبيعة مهامه، ولو كان ذلك خارج الخدمة، كما يجب عليه أن يتسم في كل الأحوال بسلوك لائق ومحترم".

واعتبار هذا الشرط في القضاء لفضيلته على باقي الوظائف وعظمة مكائته بينها، ولذلك نصت المادة 28 من المرسوم التنفيذي 05-303 في بندها الخامس على ضرورة اتسام المترشح لمنصب القضاء بمحاسن الخلق، وفضيل الشيم، والبعد عن مظان الشبه، ومواطن الريب. كما شددت المادة 29 منه على ضرورة الطلب من المصالح المؤهلة إجراء تحقيق إداري بهذا الخصوص، للتأكد من تمتع المترشح بالخلق الحسن الذي من شأنه أن يؤهله للقيام بالدور المنوط به في العمل القضائي على وجهه الأكمل.

ولا يكفي اشتراط هذا الضابط عند بدء التعيين في الوظيفة فقط، بل الواجب على القاضي أن يستصحب هذا السمات أثناء فترة تأهيله، وطيلة مدة عمله. وعليه فمن الممكن أن يكون الطالب القاضي محل متابعة تأديبية بالإندار أو التوبيخ أو الطرد، في حال ثبوت سوء سيرته أو قلة انضباطه أو مخالفته للنظام الداخلي للمدرسة العليا للقضاء (المادة 42 من المرسوم 05-303).

كما يمكن أن يكون القاضي بعد توليه منصبه محل مساءلة تأديبية في حال إخلاله لواجب المحافظة على سمعة القضاء، أو إزرائه بمقتضى حسن السيرة مع زملائه في الوظيفة، أو المتقاضين الذين ينظر في قضاياهم، أو حتى المواطنين الذين يخالطهم في حياته الخاصة. إذ من شأن ذلك أن يزعزع ثقة المتقاضين والمواطنين بالقاضي والقضاء معاً. وتكيف المادة 61 من القانون العضوي 04-11 كل عمل أو امتناع صادر عن القاضي من شأنه المساس بسمعة القضاء على أنه خطأ تأديبي جسيم، يستوجب المساءلة التي تصل عقوبتها إلى العزل كما هو منصوص بالمادة 65، والتي جاء فيها: "يتعرض القاضي الذي ارتكب خطأ تأديبياً جسيماً لعقوبة العزل". وهي ذات العقوبة التي ينالها كل قاض أدين بعقوبة جنائية، أو عقوبة الحبس من أجل جنحة عمدية.

وعليه تنص المادة 23 من القانون الأساسي 04-11 على أنه يجب على القاضي أن يتقيد في كل الظروف بسلوك يليق بشرف وكرامة مهنته².

وقد جاء في مدونة أخلاقيات مهنة القضاء بخصوص بند سلوكيات القاضي: "يلتزم القاضي:

¹ - عرفة، محمد السيد: حسن السيرة والسلوك ضرورة أمنية، مجلة الأمن والحياة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، ع 201، صفر 1420، ص 48 وما بعدها.

² - مدونة أخلاقيات مهنة القضاء، الجريدة الرسمية، 14 مارس 2007، ع 17، ص 15.

- بالتحلي بالحكمة والرزانة
- ضمان حق الدفاع للمتقاضى أو محاميه
- نظام الجلسة وآدابها.
- الحفاظ على سرية المداولات، وعدم إفشائها لأي كان، ولأي جهة كانت، ولأي سبب كان.
- التنحي كلما كانت له علاقة بالمتقاضين، أو كانت له مصلحة مادية أو معنوية في الدعوى.
- عدم استعمال منصبه لتحقيق أغراض شخصية.
- عدم استقبال المتقاضين بمكتبه بصفة انفرادية.
- عدم قبول الهدايا من المتقاضين في أي شكل كان.
- احترام العاملين تحت سلطته ورؤسائه وزملائه.
- بث روح التضامن والتعاون بين القضاة.
- احترام مساعدي العدالة.
- وقاية نفسه من كل شبهة.
- عدم الخضوع للمؤثرات الخارجية حول قضايا معروضة عليه.
- انتهاج سلوك في حياته الخاصة لا يחדش هيبة القضاء.

الفرع الثالث: ضوابط التنزيل القضائي

نسب القول -هنا- بخصوص المعايير الناظمة للعمل التنزيلي على مستوى القضاء؛ تصورا وتكييفاً وتطبيقاً.

أولاً- تمحيص الوقائع وتنقيحها:

لابد على القاضي ابتداءً -في نظره للدعوى- من بذل وسعه في استنباط حقيقة ما وقع باستقراء الأدلة والأمارات، والتثبت من الوجود المادي للوقائع المدعاة، باستخلاص الإثباتات والقرائن والعلامات المختلفة لتلك الوقائع، ليتحصل له استخلاص الواقع الصحيح في الدعوى، والذي عليه مبنى التنزيل القضائي الصائب¹، ويشترط القانون على القاضي في قيامه بهذا التنقيح أن يدقق تحديداً في الأسباب المنشئة للآثار القانونية، سواء كان متعلقها بإيجاد حق، أم إزالته، أم إلحاق وصف به². وهذا ما لا يتأتى إلا من خلال

1 - أبو الوفا، أحمد: تسيب الأحكام، مرجع سابق، ص 17.

2 - سعد، نبيل: المدخل إلى القانون منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1. 2010، ص 270.

ضوابط قانونية محددة سلفاً، وهو ما سنتولى دراسته هنا، من خلال التطرق لتعريف الوقائع، والتعرف على أقسامها، والنظر في شروط المنتج منها، وفق البنود التالية:

1-تعريف الواقعة:

للواقعة في العرف الاصطلاحي معنيان؛ موسع ومضيق:

أ-المعنى الموسع للواقعة:

يقصد بالواقعة -وفق هذا النظر- كل حدث أو أمر يقع بصفة طبيعية أو اختيارية، يرتب عليه القانون أثراً؛ إما إنشاء لحق جديد، أو تعديل، أو انقضاء لحق قائم¹. والوقائع-بهذا المعنى- تشمل الوقائع المادية "Fait Matériel"، والتصرفات القانونية "Fait Juridique".

ب-المعنى الضيق للواقعة:

هي "كل عمل مادي تترتب عليه نتيجة، سواء أَرادها الإنسان أم لم يردّها"². والواقعة -بهذا- تختص بالأعمال المادية دون قرينتها القانونية، ليخرج بذلك التصرف من دائرة مفهومها. وهذا التوجه في الفصل بين العملين معيب بكونه غير دقيق لتسببه في عدم انضباط الحيز المضاميني لكل من الوقائع المادية والتصرفات القانونية، وهو ما جعل الاضطراب والشك يشوب انضمام بعض الأوضاع والأحوال لهذا النوع أو ذاك³.

2-شروط الواقعة المؤثرة:

يشترط القانون على القاضي - في فصله للقضايا المعروضة- أن ينصب عمله على تمحيص وتدقيق الأسباب المنشئة للآثار القانونية المدعاة، سواء كان متعلقها بإيجاد هذا الحق أم إزالته أم إلحاق وصف به. ولتحقيق ذلك لابد من رعي جملة من الشروط والضوابط أهمها:

أ-أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى:

لابد أن تكون الواقعة التي هي محل نظر القضاء مرتبطة بموضوع الدعوى على نحو مباشر، يجعلها تتصل بالحق المطالب به اتصالاً وثيقاً، كما في الدعوى الأصلية التي تمت إلى الحق المدعى بوشاج مباشر، غير أنه قد يكون هذا الارتباط غير مباشر، فهو يشمل أيضاً الوقائع التبعية التي تربط بين مصدر الحق

1 -- سعد، نبيل: المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص 270.

2 - خليل خير الله، محمد: الواقعة سبب من أسباب الحقوق، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1. 2011، ص 26.

3 - للاستزادة: ينظر: خليل خير الله، محمد: الواقعة سبب من أسباب الحقوق، مرجع سابق، ص 88.

المطلوب إثباته، وبين الواقعة الأصلية التي تعذر التحقق منها، فيتعين إثبات التبعية من الوقائع للتحقق من وجود أصلها المدعى، والربط بينهما برباط مادي أو ذهني، بحسب الغالب والمألوف من الأمر¹.

ولا يشترط في اتصال تبعية الوقائع بأصلها أن يضيف جديدا لاقتناع القاضي، بل يكفي أن يفيد القاضي منها إثبات صلة الواقعة الأصلية بالحق المدعى، وعدم انقطاعها عنه².

وكون الوقائع مرتبطة بالدعوى، ومتصلة بها هي مسألة موضوعية يستقل بها قاضي الموضوع، ولا تخضع لرقابة المحكمة العليا. كما لا يلزم من اتفاق الأطراف على اعتبار واقعة ما مرتبطة بالحق المدعى اعتبار القاضي لها، والأخذ بها إذا ثبت انفصالها عن الدعوى وانفصالها عنها، بيد أنهم إذا اتفقوا على إخراج واقعة ثابتة الصلة بالدعوى من الخصومة، فإن القاضي ملزم بالانكفاء عن نظرها والتحقيق فيها، لأنه يقضي بذلك فيما لم يطلبه الخصوم³.

فالقاضي ملزم بالنظر في الوقائع المدعاة، وليس له الخروج عن هذا النطاق؛ فقد قررت المادة 25 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن: "يتحدد موضوع النزاع بالادعاءات التي يقدمها الخصوم في عريضة افتتاح الدعوى ومذكرات الرد، غير أنه يمكن تعديله بناء على تقديم طلبات عارضة، إذا كانت هذه الطلبات مرتبطة بالادعاءات الأصلية". بينما نصت المادة 26 منه على أن: "لا يجوز للقاضي أن يؤسس حكمه على وقائع لم تكن محل المناقشات والمرافعات"، غير أنها أجازت للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار من عناصر المناقشات والمرافعات الوقائع التي أثرت من طرف الخصوم، ولم يؤسسوا عليها ادعاءاتهم.

ب- أن تكون الواقعة ممكنة:

ينبغي للواقعة أن تكون متصورة الوقوع، جائزة الحدوث، فلا يصادمها تكذيب عقلي أو حسي أو عرفي أو قانوني. فالاستحالة العقلية؛ كادعاء شخص نسب من يدايه سنا، أما الاستحالة الحسية؛ فكأن يدعي شخص بأن فلانا مات، وهو حي يسعى، وأما التكذيب العرفي؛ فكأن يدعي أحد الزوجين تملكه لما هو معتاد عرفا للنساء، دون بينة تثبت صحة دعواه، وصورة المصادمة القانونية أن يدعي واقعة تبين أو نسب

1 - ديب، محمود عبد الرحيم: أسس الإثبات المدني، دار الجامعة الجديدة، مصر، ط1. 2014، ص 101.

2 - قروف، موسى: سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات، رسالة دكتوراه، جامعة بسكرة، الجزائر، 2014، ص 27.

3 - رسلان، نبيلة اسماعيل: أصول الإثبات، دار النهضة العربية، مصر، د.ط. 2004، ص 33.

بناء على علاقة حرام، مما ينافي النظام العام والآداب العامة¹. والواقعة المطلقة غير المحددة أيضا صورة من صور عدم الإمكان لاستحالة تحديدها أو إثباتها².

وتقدير مدى إمكان الواقعة من عدمه هو أمر داخل ضمن دائرة المسائل الموضوعية التي يستقل بها قضاء الموضوع، ولا تخضع سلطته التقديرية في ذلك لرقابة النقض طالما كان نظره في الواقعة سائغا. ومكمن الغاية من هذا الشرط هو حسم باب اللدد في الخصام، والکید فيه، والتعسف في استخدام حق التقاضي، وإضاعة وقت وجهد القضاة فيما لا طائل منه³.

ج- أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى:

وهو أهم الشرائط الواجب رعيها في استخلاص الوقائع من الدعاوى؛ إذ يجب على القاضي بعد تحديده لمتعلقات الدعوى من وقائع أن يركز على المؤثر من هذه الوقائع في النزاع، فلا يستبقي منها إلا ما يمكن أن ينتج عنها مفاعيل قانونية، تشكل الأساس الواقعي الذي من المحتمل أن يبنى عليه الحل القانوني للمسألة المطروحة⁴.

ويحسن بالقاضي أن ينظر بعين الإجمال إلى كل الوقائع المتضمنة بالدعوى، ولا يستقل بكل واحدة منها على حدى، لأن من الوقائع ما لا يظهر جدواها وحسمها إلا بالتضافر والتساند مع غيرها. وتقدير كون الوقائع المنظورة مؤثرة ومنتجة في الدعوى، أو غير منتجة فيها من المسائل الموضوعية التي يستقل بها قاضي الموضوع.

د- أن تكون الواقعة محددة:

تقدير الوقائع في القضايا يقتضي أن يتجنب القاضي مبهم الوقائع ومجهولها، لانتفاء جدواها في التحقيق

والتمحيص، وعليه فلا بد من مراعات أن تكون وقائع الدعوى محددة ومعرفة على نحو بين وواضح، سواء حصل هذا التحديد من جهة الإيجاب؛ مثل إيضاح أركان وشروط عقد الزواج ممن ادعى قيامه، أو من

1 - ابن خنين، عبد الله: تنزيل الأحكام على الوقائع القضائية والفتوية في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الإسلامية، السعودية، ع 78، يوليو 2006، ص 270.

2 - ديب، محمود عبد الرحيم: أسس الإثبات المدني، مرجع سابق، ص 104 و 105. - منصور، محمد: مبادئ القانون، دار الجامعة الجديدة، مصر، ط 1. 2006، ص 378.

3 - رسلان، نبيلة إسماعيل: أصول الإثبات، مرجع سابق، ص 33. - صقر، نبيل: الوسيط في شرح قانون لإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، الجزائر، د.ط، 2008م، ص 179.

4 - طليس، صالح: المنهجية في دراسة القانون، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ط 1. 2010، ص 209.

جهة السلب؛ بأن يدفع الشخص دعوى إخلاله بالتزامات ولايته الأبوية على أبنائه بإقامة الدليل على فعل الاحتياطات الواجبة قانوناً¹.

ولا يشترط استيفاء الواقعة لشرط التعيين والبيان ابتداءً، إذ يمكن للخصم تعريفها وتحديدتها على الأقل لحظة نظر القاضي لها في صحيفة الدعوى، أو في طلبات ندب الخبراء، أو الإحالة للتحقيق...² وتبقى بعد ذلك مسألة تقدير توافر شروط التعيين الكافي للواقعة من ضمن مدخلات مسائل الواقع التي تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ولا رقيب عليها من المحكمة العليا.

3-مدارك تنقيح الوقائع:

يمكن أن يتحقق ابتداء التنقيح الواقعي للقضايا المنظورة بالقضاء إما عياناً، أو بالاستعانة بالخبراء، وفق التالي:

أ-المعاينة:

-تعريف المعاينة:

يقصد بالمعاينة "مشاهدة المحكمة الشيء المتنازع عليه، وهذا عن طريق انتقال هيئة المحكمة، أو أحد قضاتها لمعاينة محل النزاع"³.

والمعاينة بذلك إجراء مهم من إجراءات الإثبات المباشرة، والتي يتسنى بها كشف حقيقة بعض الوقائع المتنازع عليها، واستخلاص وجه الحق فيها ميدانياً، ويتضمن إجراء المعاينة الوقوف على حال الوقائع والنظر فيها، وأداء تقديرات بشأنها، أو إعادة تمثيلها إذا تطلب الأمر ذلك. وقد يتم ذلك في الجلسة مباشرة، إذا تيسر نقل محل المعاينة إلى المحكمة؛ كإحضار قاصر ليعاين القاضي مدى تأكد قدرته على الزواج مثلاً، وقد يتطلب الأمر الانتقال إلى محالها، إذا تعذر النقل؛ بأن كانت عقاراً أو بناء...⁴

¹ -موسي، أشرف جابر: موجز أصول الإثبات، دار النهضة العربية، مصر، د.ط. 2003، ص 28. - سعد، نبيل: المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص 272. صقر، نبيل: الوسيط في شرح قانون لإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 181.

² - رسلان، نبيلة اسماعيل: أصول الإثبات، مرجع سابق، ص 29 و30. ديب، محمود عبد الرحيم: أسس الإثبات المدني، مرجع سابق، ص 108.

³ - صقر، نبيل: الوسيط في شرح قانون لإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 207.

⁴ - سعد، نبيل: الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، مصر، د.ط. 1995، ص 201. الكيلاني، جمال: الإثبات بالمعاينة، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، فلسطين، ع 16، 2002، ص 271.

-إجراءات المعاينة:

تعد المعاينة رخصة جوازية من الصلاحيات التي يمكن للقاضي القيام بها تلقائياً، أو بطلب من الخصوم، على أن يحدد خلال الجلسة مكان ويوم وساعة الانتقال، ويدعو الخصوم إلى حضورها. وإذا تقرر إجراء الانتقال إلى الأماكن من طرف تشكيلة جماعية، يمكن تنفيذه من طرف القاضي المقرر، كما هو نص المادة 146 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وقد يتطلب موضوع الانتقال القيام بإجراءات وتقديرات تقنية، ولذلك حول القانون للقاضي الأمر بتعيين من يختاره من التقنيين لمساعدته في أداء ذلك (المادة 147 قانون الإجراءات المدنية والإدارية). كما منح المشرع للقاضي صلاحية سماع أي شخص؛ بما فيهم أطراف النزاع بناء على طلب من أحدهم، أو من تلقاء القاضي نفسه، إذا رأى ضرورة لذلك (المادة 148 من ذات القانون).

-نتائج المعاينة:

بعد انتهاء إجراء المعاينة أو الانتقال، يجرى محضر شامل بمضمون المشاهدات، والإجراءات المتخذة، والتقديرات المستخلصة، ويوقعه القاضي مع أمين الضبط، ويودع ضمن الأصول بأمانة الضبط، طبقاً لما قرره المادة 149 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ب-انتداب الخبرة:

قد يعرض للقاضي من وقائع الدعاوى الفنية وجوانب النزاع التقنية لدقيقة ما يجعله يقف عاجزاً عن إدراك كنهها أو الإحاطة بمفهومها دونما الرجوع إلى أهل الاختصاص من الخبراء والفنيين، ولذلك منح المشرع الجزائري للقضاة صلاحية انتداب الخبراء لبحث هذه الوقائع وتمحيصها، من أجل تنوير القضاء واستيضاح رأيه بشأنها:

-تعريف الخبرة:

تعرف الخبرة على أنها: " تدير تحقيقي بمقتضاه يكلف القاضي شخصاً من ذوي الاختصاص، يسمى خبيراً للقيام بمهمة معينة، تتطلب تحقيقاً واستقصاءات، قد تكون على جانب من التعقيدات، توصلاً لإعطاء القاضي معلومات ورأي في بشأن أمور واقعية، لا يمكن الحصول عليها بنفسه، ويثبت الخبير نتيجة تحقيقه مع الرأي الذي توصل إليه في تقرير خطي يرفعه إلى القاضي"¹.

¹ - قروف، موسى: سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات، مرجع سابق، ص 236.

وقد نظم المشرع أحكام الخبرة ضمن قسم خاص من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹، كإجراء من إجراءات التحقيق التي تعين القاضي على الاستيعاب الشامل للنقاط الفنية التي يتوقف الفصل في النزاع على معرفتها. فالواجب على المحكمة ألا تقضي فيها بعلمها، نوحاً برأيها، واكتفاء باقتناعها²، سيما في القضايا الطبية والعلمية؛ من مثل تقدير حالة العقم كعيب من عيوب الرد في الزوجية، أو إثبات سبب الحجر من عدمه، أو إثبات النسب بالآليات العلمية الحديثة؛ فالقاضي ملزم بتعيين خبير طبي لاستقصاء حقيقة الحال، وواقع الدعوى حتى يتسنى له التنزيل على وجهه الواجب.

ولذلك تنص المادة 125 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية، أو علمية محضة للقاضي". ولا يجب لدائرة هذا الإجراء أن تخرج عن حدود مسائل الواقع الفنية، بأن تتعداها إلى الجوانب القانونية التي تعد من صميم المهام الموكولة إلى القاضي، كما هو مقرر قانوناً وقضاء³.

-سلطة القاضي في ندب الخبرة:

الأصل أن صلاحية الاستعانة بالخبرة أمر جوازي متروك تقديره للمحكمة التي تنظر المسائل الدقيقة من موضوع الدعوى، ولقاضي الموضوع مطلق الحرية في تقدير لزوم هذا الإجراء أو عدم لزومه، بحسب حيثيات القضية، وتقديرات القاضي بشأن قوة أدلتها، وتوضيح وقائعها، وبيان حقائقها من عدمه. وعليه يجوز للقاضي انتداب الخبير من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب من أطراف النزاع، بقصد الإلمام بجانب تقني أو معرفي في مسألة مخصوصة تتعلق بتخصص ما، أو عدة تخصصات⁴. ولذلك تنص المادة 126 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه، أو بطلب من أحد الخصوم تعيين خبير، أو عدة خبراء من نفس التخصص، أو من تخصصات مختلفة". وعليه فبالإمكان تصور تعدد الخبراء⁵

1 - خصص قانون الإجراءات المدنية والإدارية لموضوع الخبرة المواد من 125-145 من القسم الثامن من الفصل الثاني المتعلق بإجراءات التحقيق من الباب الرابع المتضمن وسائل الإثبات.

2 - صقر، نبيل: الوسيط في شرح قانون إجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 201. رسلان، نبيلة اسماعيل: أصول الإثبات، مرجع سابق، ص 195.

3 - استقر الاجتهاد القضائي على منع الخبير من صلاحية إجراء تحقيق أو سماع الشهود أو الاقرارات. يراجع:

-قرار المحكمة العليا رقم 56756، الصادر بتاريخ: 1989/12/11، المجلة القضائية، 1992، ع 02، ص 61.

-قرار المجلس الأعلى رقم 49562، الصادر بتاريخ: 1988/12/07، المجلة القضائية، 1990، ع 02، ص 38.

-قرار المجلس الأعلى رقم 34653، الصادر بتاريخ: 1985/11/20، المجلة القضائية، 1989، ع 04، ص 71.

4 - بويارة، عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 132.

5 -قرار المحكمة العليا رقم 95385، الصادر بتاريخ: 1994/03/22، المجلة القضائية، 1995، ع 1، ص 134.

الذين ينتقون على أساس القوائم التي يوافق عليها وزير العدل في دائرة اختصاص المجلس القضائي¹، ويمكن -استثناء من ذلك- تعيينه من خارج هذه القوائم، شريطة تأديته لليمين أمام القاضي الأمر بالخبرة²، طبقا لنص المادة 131 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ومنه فمناط الحكم بندب الخبرة متأسس على مدى تأثير المسائل الفنية المتعلقة بالوقائع في حسم النزاع وفصل الخصومة؛ فإذا تبين لقاضي أن ليس من شأن الخبرة أن تضيف شيئا جديدا للدعوى، بسبب قوة الأدلة المطروحة، فإن له أن يرفض طلب الانتداب، إن كان مقدا من أحد طرفي النزاع، ولا معقب عليه في ذلك طالما أقام تقديره على سبب سائغ ومنطقي³.

- حجية تقرير الخبرة:

يُعد الخبير وسيطا قضائيا معيناً على تبصير العدالة، وتنوير القضاء بالحقائق الفنية التي يعوز القاضي فهمها للفصل في النزاع المنظور، ويؤدي الخبراء مهامهم تحت سلطة المحكمة التي عينتهم، وبمراقبة النيابة العامة، كما هو مقرر بالمادة 10 من المرسوم التنفيذي 95-310 المتعلق بتحديد شروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين وكيفية تهم.

ويباشر الخبير مهامه بعد تعيينه في نطاق المهمة المحددة له حصرا، والآجال المقررة من طرف القاضي المعين (المادة 128 قانون الإجراءات المدنية والإدارية). ويتولى إخطار الخصوم بيوم وساعة ومكان إجراء الخبرة عن طريق محضر قضائي، لتمكينهم من إبداء ملاحظاتهم ومستنداتهم، طبقا لما قرره المادة 135 من ذات القانون.

ويرفع الخبير إلى القاضي تقريرا يضمنه نتائج تحقيقه ومعاينته، مضمنا إياه أقوال وملاحظات الخصوم ومستنداتهم، فضلا عن عرض تحليلي للأعمال التي قام بها، في حدود ما أسند إليه من مهام (المادة 138 من ذات القانون). وإذا تبين للقاضي أن البيانات التي تأسس عليها تقرير الخبير غير وافية أو كافية، فإن له أن يأمر باستكمال التحقيق، أو استيضاح المعلومات الضرورية من الخبير مباشرة (المادة 141)، كما له أن يأمر أيضا بخبرة تكميلية⁴.

ويمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة إذا تقوى اقتناعه بصحتها وقوة أدلتها، كما له أن

1 - المادة الثانية من المرسوم التنفيذي المنظم لشروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين. ينظر: المرسوم التنفيذي رقم 95-310، المؤرخ في: 10 أكتوبر 1995، المتعلق بتحديد شروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين وكيفية الجريدة الرسمية، 15 أكتوبر 1995، ع 60، ص 03.

2 - قرار المحكمة العليا رقم 46225، الصادر بتاريخ: 19/07/1989، المجلة القضائية، 1990، ع 4، ص 35.

3 - صقر، نبيل: الوسيط في شرح قانون إجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 201. الكيلاني، جمال: الإثبات بالمعينة، مرجع سابق، ص 271.

4 - صقر، نبيل: الوسيط في شرح قانون إجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 206.

يأخذ بجزء منها، ويستبعد الباقي، أو يرد الخبرة كاملة؛ فهو غير ملزم برأي الخبير، ولا رقيب عليه في ذلك من المحكمة العليا¹، وإن كان لا بد عليه من تسبب استبعاد بعض، أو كل نتائج الخبرة²، تفاديا للتعسف الممارس من بعض القضاة في رد أعمال الخبرة، من دون ضابط أو قيد³.

ثانيا-التكليف القانوني للوقائع:

يعد التكليف القانوني أحد أهم المراحل الأولى التي تمر بها مرحلة التزليل التطبيقي للقواعد القانونية على الجزئيات الواقعية المعروضة للفصل أمام القضاء. وعليه فسنرصده في هذا الجزء البحثي ماهية هاته الخطوة الدقيقة، والمنهجية القانونية المتبعة فيها، وموقعها من المنظومة القانونية الجزائرية فيما يلي من نقاط.

1-تعريف التكليف القانوني:

يختلف مفهوم التكليف باختلاف المجال القانوني الذي يدرسه:

أ-القانون الدولي الخاص:

يعتبر هذا الفرع القانوني التكليف أحد أهم الأسس التي تتحدد بها الأمم وأنسب القواعد الإسنادية لحكم مسألة النزاع في مداها الدولي⁴. ولذلك يعرف فقهاء القانون التكليف - من هذه الوجهة - على أنه: "تحديد طبيعة المسألة التي تنازعها القوانين، بوضعها في إحدى الفئات القانونية، التي خصها المشرع بقاعدة إسناد"⁵.

¹ -بربارة، عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 143. قروف، موسى: سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات، مرجع سابق، ص 259 و260..

² - قضت المحكمة العليا في قرارها رقم 73267 أن تناقض الخبرة موجب من موجبات ردها. يراجع: قرار المحكمة العليا رقم 73267، الصادر بتاريخ: 1991/05/21، المجلة القضائية، 1993، ع 3، ص 65.

³ - كان الأولى بالمشرع ألا يساوي بين الأدلة العلمية، وباقي الأدلة الكلاسيكية في الصّدقية والمنزلة التحجيجية، سيما منها الأدلة الفنية القاطعة التي تحظى باحترام عالمي في مجال نظم إثبات الهوية، وتحديد مدد الحمل، والوضع، والوفاة، وغيرها.. من خلال تقنية التحليل الجيني وآليات المسح الفني وغيرها.. إذ أن احضاعها للسلطة التقديرية للقضاء دون ضابط إهدار للقيمة الثبوتية المتضمنة بها، ومع تسليمنا بخطأ إكسابها الدلالة القطعية التامة أيضا، لأن ذلك سيؤدي إلى تعطيل الوظيفة القضائية "Fonction Judiciaire" برمتها الممارسة حصرا من القاضي، غير أن بالإمكان ضبط هذا الاعتبار وتنظيمه، وفق أسس ناظمة، وقواعد صارمة تضمن لهاته الأدلة مكانتها المستحقة، كما هو الشأن في النظم القانونية المتقدمة اليوم.

⁴ - الداودي، غالب علي، والهداوي، حسين محمد: القانون الدولي الخاص، وزارة التعليم والبحث العلمي، العراق، د.ط، 1982، ج 1 ص 66، إسماعيل، عبد الحميد: مشكلة التكليف في القانون الدولي الخاص، مجلة إدارة قضايا الحكومة، مصر، سنة 03، ع 3، يوليو 1959، ص 69.

⁵ - أعراب، بلقاسم: القانون الدولي الخاص، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2002، ص 75.

ب- القانون الدولي العام:

يعرف التكييف -بحسب هذا المجال القانوني- على أنه: "عملية ذهنية تهدف إلى وضع واقعة، أو عمل، أو نظام، أو علاقة قانونية، أو قاعدة ما في إطار طائفة قانونية محددة بهدف تطبيق النظام القانون الواجب التطبيق عليها"¹.

ج- القانون الجنائي:

يعني التكييف - من وجهة نظر فقهاء قانون العقوبات- بأنه "وصف قانوني لواقعة من حيث ما إذا كانت تقوم بها جريمة، ونوع هذه الجريمة، واسمها القانوني وظروفها"². والظاهر من هذه التعاريف أنها تشترك في جعل التكييف إدراكا عقليا موصلا إلى بيان التوصيف الحقيقي للعلاقة القانونية، بناء على تصور سابق مبني على إنعام نظر من المجتهد القانوني في جزئيات الواقعة، على ما هي عليه في الواقع. وقد سعى بعضهم إلى التصريح بهذا الجهد العقلي وإبرازه في تعريف التكييف الذي يؤديه القاضي على وقائع الدعوى المدنية بقوله بأنه: "العملية الذهنية المتمثلة في إنزال حكم القانون على الواقع، أو إدراج الواقعة في طائفة محددة، أو حتى بيان القاعدة القانونية الواجب إعمالها على الواقعة المطروحة"³. ولما كان تنزيل الحكم على الواقعة أمرا لاحقا لعملية التكييف، وعملا مستقلا عنها، فإن التعريف الأبسط له هو أنه: "العملية الذهنية التي تضع الواقعة الخام في فئتها القانونية"⁴.

2- منهجية التكييف القانوني:

يعتبر التكييف لبّ وجوهر العمل القضائي الذي تؤديه الهيئة التي تنظر الفصل في القضايا، لأنه الطريق الأقرب والأصوب إلى وصل الوقائع بما يناسبها من أحكام قانونية، فهو الرباط الذي يجمع القانون بالواقع، وينزل القواعد المجردة على جزئيات المشخصة. ويتأسس ذلك عبر جملة مراحل نثبتها هاهنا:

¹ - مجمع اللغة العربية: معجم القانون، هيئة المطابع الأميرية، مصر، د.ط، 1990، ص 15.

² - مجمع اللغة العربية: معجم القانون، مرجع نفسه، ص 310.

³ - شحاته، محمد عبد الهادي: سلطة التكييف في القانون الإجرائي: دراسة مقارنة في القوا، الإجرائية المدنية والجنائية والإدارية، دار النهضة العربية، مصر، د.ط، 1993، ص 5.

⁴ - المهداوي: علي أحمد صالح: التكييف وأثره في القانون تشريعا وتطبيقا، دراسة في التفريق القضائي بين الزوجين للعب، مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات جامعة الزرقاء، الأردن، مج5، ع 2، 2003، ص 88.

- M. Parquet: *Introduction Générale Au Droit*, Bréal, 4 ed. France, 2007, p 28.

- F. Muriel: *L' Argumentation En Droit , Introduction Au Droit*, Presse Universitaire, France 2014, p 76.

أ- تحليل الواقعة:

ينطلق القاضي في القيام بعملية التكييف من التصورات والإدراكات التي حصلها في المرحلة السابقة من فقه الوقائع المنتجة، التي استنبطها من الدعوى القائمة بين يديه، ليقوم بعملية تفكيك لمركبات هذه الوقائع الجوهرية وجزئياتها المؤثرة في حكم الدعوى، ليخلص بعدها إلى مكاشفة بينة وواضحة لطبيعة هذه المركبات، وسمه هذه الجزئيات من جهة، كما يستبين رابط صلتها ومعقد أثرها في جعل الواقعة منتجة في الدعوى، ليتأتى له إدراك قيمة مركزها الثبوتي في الدعوى¹.

ب- التصنيف القانوني:

إذا أتيح للقاضي أن يصل إلى معرفة دقيقة بطبيعة الوقائع المتضمنة بالدعوى وصفاتها، نظر في القانون ليستنبط مسمياتها فيه، ويطلع عليها أوصافه، إذ أن معتمد الصنعة التشريعية في تقنينها وتنظيمها لأحكام المسائل الواقعية، والعلائق المادية، والروابط الاجتماعية التي لا تنحصر قائم على منهجية التقسيم والتصنيف الهرمي لتلك الوقائع - بناء على تشابه أوصافها- في طوائف وزمر كلية، تنتظم ضمن كل فئة منها النظم القانونية الجمّعية التي تحكمها، ويجتمع لكل فئة قانونية مركبان اثنان يتصاقان داخلها بانتظام مرتبط السبك، فالمركب الأول يجمع ضمنه مجموع الأوضاع الواقعية المتشابهة، فيما يضم الثاني مجموع القواعد القانونية التي تأتلف في شكل نظام قانوني مُقدّر له أن يحكم جزئيات الواقع المقابلة له داخل الفئة ذاتها². ثم تنقسم بدورها لتشمل فئات أصغر وأدق من سابقتها، وتجمع كل واحدة منها أعدادا لا حصر لها من العلائق والروابط، التي تأتلف فيما بينها في المقوم والطبيعة³.

فالواقعة القانونية المقصودة بالتعيين، لا تخرج عن أن تكون إما تصرفا قانونيا، أو حادثة مادية؛ فإن كانت تصرفا قانونيا، فقد تدخل زمرة الأموال، وقد تكون من دائرة الأحوال. وإن كانت مندرجة ضمن فئة الأحوال الشخصية، فعلى القاضي أن يبحث متعلقها؛ فيما إذا كان زواجا أم طلاقا، فإن كان الأول نظر في طبيعة النزاع المطروح بين يديه، هل هو مرتبط بإبرام العقد، أم بآثاره، فإن كان موضوع الدعوى إبرام العقد، تنزل القاضي في التدقيق بشأن طبيعة تعلق هذا الإبرام من حيث الشكل والموضوع.. وهكذا يتدرج التحليل بالقاضي بين جزئيات الواقعة، ليصل إلى توصيفها القانوني الدقيق، وفق مكاشفة منهجية تعتمد الاجتهاد الذهني، والقياس المنطقي المتأسسين على حسن الإدراك، والذكاء النافذ، والتأهيل المعرفي والعلمي الجيد، والخبرة الرصينة.

¹- المهداوي: علي أحمد صالح: التكييف وأثره في القانون تشريعا وتطبيقا، مرجع سابق، ص 97.

² - M. Cumyn: Les Catégories, La Classification Et La Qualification Juridiques, Réflexions Sur La Systématicité Du Droit, Les Cahier De Droit, France, vol. 52, n 3-4, 2011 , p 368.

³- M. Cumyn: Les Catégories, La Classification Et La Qualification Juridiques, Ibid , p 369 et suivantes.

ج- التوصيف القانوني:

فيقوم القاضي بإعمال المقايسة بين المركبات المنتجة، والجزيئات الجوهرية في الواقعة، وبين ما يناظرها ويطابقها في القوالب القانونية الموجودة سلفاً، من حيث الطبيعة، والوصف، والموضوع، ويتحقق من تطابقها مع مُعرفات النظام القانوني الذي يحكم تلك القوالب والفئات¹.

فإذا تحقق للقاضي التكييف الدقيق، والصحيح للواقعة من خلال تحديد فئتها الملائمة لها، تهيأ له الأمر لأن ينتقل بها إلى إيقاع النظام القانوني المتضمن بذات الفئة القانونية، والذي قَدَّر له القانون سلفاً أن يحكم مثيلات هاته الواقعة لينزل القاضي حكمه عليها.

وعلى هذا يكون التكييف من أعوص، وأعقد الأعمال القضائية التي تناط بهيئة نظر وفصل القضايا والمسائل، بسبب الدقة والتأهيل المتطلبين فيها. فهو عصب عمل القاضي، وجوهر حكمه الذي يتوقف على إصابة الحق في فصل الخصومة، أو الخطأ فيه². وبدون التكييف لا يمكن أن يتسنى للقضاء تفعيل وظيفة الفصل والحكم العادلين في القضايا والمسائل المعروضة عليه، بسبب الإخلال في الموازنة بين متطلبات الواقع، ومقتضيات القانون وغاياته³.

والقاضي في قيامه بالتكييف يجمع بين نشاطين ذهنيين معاصرين؛ يقوم الأول على تحليل الوقائع الحاسمة في النزاع، مجردة من كافة العناصر اللصيقة بشخص الأطراف، أو ملابسات ظروفهم، والمتسمة بالذاتية.

ويضارع هذا النشاط القيام بتحليل عناصر الفرض المتضمنة بالنظام القانوني المحتمل التطبيق، لاستخلاص المعيار الموضوعي المجرد، الذي ناط بالمشروع به أمثال هذه الأوضاع الواقعية؛ من مثل حسن النية، وواجب بذل العناية الكافية، ورب الأسرة الحريص وغيرها.. ليقوم بعدها بإعمال المقارنة بين عناصر المركز الواقعي المراد فصل النزاع فيه، وبين محددات ومعرفات المعيار العام المستخلص من مفترضات النظام القانوني، فإن حصل التطابق أعمل هذا المعيار على جزيئات الواقعة محل النزاع، وأصبغ عليها الوصف القانوني الملائم لها، تبعاً لموجهات وروح النظام القانوني ككل⁴. لتحدد بعدها في ضمن هذا النظام القانوني القاعدة المعنية وحدها بحكم هذه العلاقة أو التطبيق على المركز القانوني محل النزاع⁵. فإذا كانت الخصومة دائرة بشأن الحضانة مثلاً؛ فإن القواعد المتعلقة بحسم هذا النزاع تكون مندرجة ضمن المواد 62-72 من

¹ - M. Parquet: *Introduction Générale Au Droit*, op.cit., p 27 et 28

² - مراد، عبد الفتاح: *أصول التكييف في المواد الجنائية*، مجلة المحاماة، مصر، سبتمبر، ع7 و8، أكتوبر 1991، ص 88.

³ - إبراهيم، محمد محمود: *النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات*، دار الفكر العربي، مصر، د.ط، 1982، ص 11 و ما بعدها.

⁴ - نبيل، عمر: *سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية*، دار الجامعة الجديدة، مصر، د.ط، 2002، ص 181 و ما بعدها.

⁵ - M. Parquet: *Introduction Générale Au Droit*, op.cit., p 28.

قانون الأسرة، ومنه فالتكييف - على وجه الإجمال - منطقة قانونية يجذب إليها القاضي كلا من الأوضاع الواقعية المؤثرة من أسفل، ويرتفع بها درجة إلى التكييف، ثم ينزل النظم القانونية من عليائها المجردة درجة، ويسحبها إلى التكييف فيلتقي الواقع بالقانون في شكل ميزان يحمل في كفة منه الواقع، بينما يقابله في الكفة الأخرى القانون، ويمثل التكييف منهما الذراع التي تمنع أن تطيش إحدى الكفتين بأختها، أو تحيد بها عن الوزن القسطاس¹.

ولا بد من الإشارة إلى الدور المهم الذي يمكن أن يفيدته إدراك القاضي من نوع الواقعة، فيما إذا كانت تصرفاً قانونياً أم واقعة مادية، إذ يتباين التوصيف الواجب لكل منهما، بسبب الأثر القانوني المنتج للإرادة في التصرف القانوني التي تتجه قصداً إلى إحداثه، سواء كان قائماً على إرادة منفردة كما في الهبة والعارية والوصية و...، أم مزدوجة كما في إبرام عقود الزواج والبيع و...، فيتعين أن يكون المنطلق في التكييف من استجلاء هذه الإرادة، وبحث حقيقتها لدى الأطراف ومكاشفة الباعث عليها كما في الطلاق لتحديد حضور عنصر التعسف فيه من عدمه...

وهذا بخلاف الواقعة المادية التي لا تتدخل إرادة الخصوم في إحداث نيتها القانونية، سواء في صيغتها الطبيعية كالموت والقربة، أم الاختيارية كالاستيلاء والعمل غير المشروع.. وعليه فإن مناط التكييف في الوقائع المادية متوقف على مدى انطباق الواقعة على الوصف الذي حدده القانون، دون أن يكون لإرادة الأطراف أي أثر في ذلك².

3- موقف المشرع الجزائري من التكييف:

لم يتعرض المشرع الجزائري بالتنظيم لموضوع التكييف القضائي في نظر الدعاوي المدنية قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديدة 08-09، غير أن أهمية وجوهية هذه الوظيفة لم تشفع لها لتحظى بنصيب مقبول من هذا التقنين؛ إذ خصص لها المشرع نصاً وحيداً من القانون هو المادة 29، والتي قررت إلزامية الإصابة في هذا الإجراء على القاضي، كي يتسنى له معرفة الواقع المستأهل لتطبيق نص القانون عليه، فجاء في نصها: "يكيف القاضي الوقائع والتصرفات -محل النزاع- التكييف القانوني الصحيح، دون التقيد بتكييف الخصوم"³.

¹ - إبراهيم، محمد محمود: النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 09 و 13.

² - الحجار، محمد حلمي، والحجار: راني حلمي: المنهجية في حل النزاعات ووضع الدراسات القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، 2010، ص 170.

³ نص المادة 29 ترجمة شبه حرفية للفقرة الثانية من المادة 12 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي. ينظر:

-C. Tahri: *Procédure Civile*, Bréal, France, 2007, p114.

ويترتب على ذلك أن إجراء التكييف أمر متعين على القاضي من تلقاء نفسه فيما يعرض عليه من نزاع¹، ولو لم يطلب إليه الخصوم ذلك، كما ليس عليه من ذلك موافقة توصيف المدعي، أو تكييف المدعى عليه؛ إذ أن كل واحد منهما سيسعى إلى تكييف دعواه وفق ما تقتضيه مصلحته، وغالبا ما يخطئ هذا المسلك بصاحبه إصابة الحق في التكييف الصحيح.

وقد قدرت المحكمة العليا أن الخطأ في التكييف من الأعمال القانونية التي تخضع لكامل رقابتها؛ إذ أن هذا الخطأ يثمر لا محالة تطبيق قاعدة قانونية على واقع دعوى ليست خاصة بها، ولا تنطبق عليها. مما يستوجب نقض الحكم الباطل الصادر عنها لمخالفته للقانون الداخلي، طبقا لنص البند الخامس من المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية².

ولذلك نعت المحكمة العليا في قرارها رقم 95385 على قضاة المجلس، الذين كَيّفوا عقد التنزيل المحرر لبنت مكفولة على أنه وصية، خطأهم في التصور والتكييف لأن العقد المذكور صرح بتنزيل الأجنبية المطعون ضدها منزلة البنت الصليبية، رغم ما في ذلك من خرق صارخ لأحكام الشريعة والمادة 776 من القانون المدني³.

كما نص الاجتهاد القضائي بالقرار رقم 10232 بأن تكييف دعوى إبطال التبنّي على أنها تتعلق بنفي النسب هو خطأ في تطبيق القانون وإساءة في التكييف، لانعدام الفراش، مما يستوجب النقض⁴. ولما كان مبدأ التكييف القانوني قائما على بحث العناصر الواقعية للحالة، وإعطائها الوصفي القانوني المحدد فإن التمييز بين المسائل التي تعتبر من صحيح الواقع، وبين نظيراتها من المسائل التي تدخل دائرة القانون أمر يدق، ويصعب فصله وتحديدده، ولذلك تتأكد الأهمية القصوى للدور الرقابي الذي تضطلع به المحكمة العليا من أجل احترام إرادة المشرع، وتوحيد العمل الاجتهادي على مستوى المحاكم والمجالس القضائية⁵.

1 - استقر الاجتهاد القضائي على اعتبار أن تكييف الوقائع ينبغي أن يكون مستمدا من الوقائع المطروحة أمام قضاة الموضوع، والحكم بخلاف ذلك يعد تجاوزا في السلطة، وخرقا للقانون. يراجع: قرار المجلس الأعلى رقم 41818، الصادر بتاريخ 15/04/1986، المجلة القضائية، 1989، ع 03، ص 247.

2- كان نص المادة 233 من قانون الإجراءات المدنية القديم ينص بصراحة على بند الخطأ في تطبيق القانون، والذي من صورته الخطأ في التكييف، غير أن المشرع اكتفى في الصياغة الجديدة بالنص على شرط عدم مخالفة القانون لاندراج الأول ضمنه.

3 - قرار المحكمة العليا رقم 95385، الصادر بتاريخ: 22/03/1994، المجلة القضائية، 1995، ع 1، ص 134.

4 - قرار المحكمة العليا رقم 103232 الصادر بتاريخ: 02/05/1995، المجلة القضائية، 1995، ع 2، ص 09.

5 - الحجار، محمد حلمي، والحجار: راني حلمي: المنهجية في حل النزاعات ووضع الدراسات القانونية، مرجع سابق، ص 171 وما بعدها.

ثالثاً - التفسير القضائي للقاعدة القانونية:

إذا تمهياً للقاضي فهم وقائع الدعوى المطروحة للفصل بين يديه، وتمحيص مقوماتها المؤثرة في حسم النزاع، ومن ثم توصيفها بالوصف القانوني الدقيق من خلال تضمينها الفئة القانونية المناسبة لها، فإن له أن يهتدي بعدها إلى معرفة النظام القانوني العام الذي يحكم هاته الوقائع، والذي تتضمنه ذات الفئة التي يشير إليها التكييف المتوصل إليه. وهنا يتعين على القاضي أن يدقق في اجتهاده الفكري، للبحث عن عين القاعدة القانونية المخصوصة بحكم الدعوى المنظورة، من خلال تفحصه للنظام القانوني المقابل للواقعة ضمن ذات الفئة، ويبحث في مشتملاته من القواعد القانونية؛ من خلال أعمال الاستقراء في مفترضات كل قاعدة قانونية ومقايستها منطقياً بالجزئيات المنتجة في الواقعة القانونية، ليحدد بدقة النص، أو المبدأ، أو المادة، أو الحكم القانوني المعني بالتطبيق هنا. وقد تكون الوقائع القانونية للخصومة من الوضوح والبيان، بحيث يستحضر القاضي بسهولة القاعدة القانونية المستوجبة التنزيل مع مبدأ نظره في القضية، وقد يصعب ذلك الفهم، وقد يدق، وذلك حال أغلب الأحوال والقضايا المعروضة للفصل في القضاء، بسبب تعقد بعضها وحدّة الآخر منها. والقضاة في ذلك بين تفاوت مقل ومكثر، والأمر راجع إلى الخبرة، والحنكة، والإلمام المعرفي، والإحاطة بالنصوص القانونية، والاجتهادات القضائية السابقة.

1- مفهوم التفسير القضائي:

والقاضي - في خضم هذا العمل الدقيق - مفتقر إلى فهم المعاني القانونية المتضمنة بالنظم القانونية التي يبحثها، وإدراك ماهية القواعد القانونية المستعملة بتلك النظم، حتى تتسنى له المقارنة بين فرضياتها ومقومات وقائع الدعوى، ولا يتأتى له ذلك إلا بإعمال التفسير القضائي، سيما مع تجريد النص القانوني وعموميته، والغموض الذي يطبعه في بعض الأحيان، مما يستدعي الأمر الإيضاح والبيان.

فاللازم لتطبيق أية قاعدة قانونية على واقعة ما، بعد تكييفها التكييف الصحيح، أن تتحدد لدى القاضي المضامين الحقيقية لتلك القاعدة، ويتضح في ذهنه مفهومها، ويتبين معناها، حتى يتسنى له الإصابة في تنزيل أحكامها على الواقعة، إن كان نصها هو المعني بحكم هذه الواقعة، وهذا ما ندعوه بالتفسير القضائي للقانون، والمقصود به تحديداً هو: "الاستدلال على ما تتضمنه القاعدة القانونية من حكم، وتحديد المعنى الذي قصده المشرع في هذه القاعدة عند تطبيقها على الظروف الواقعية"¹.

والحق أن الحاجة إلى التفسير في فهم النص لا تتأتى، إلا إذا كان غامضاً بسبب تجريدته، أو معيباً لخطأ في صياغته، أما إن كان النص القانوني واضحاً، وصرحاً في معناه دلالة أو إشارة أو اقتضاء، فإنه لا

¹ - الداودي، غالب: المدخل إلى علم القانون، دار وائل للنشر، الأردن، ط 7، 2004، ص 210.

مناص من التسليم بالمعنى الظاهر، وعدم الحيد عنه في التطبيق. أما إن كان الحال خلاف ذلك، فينبغي للقاضي بذل قصارى جهده لاستخلاص المعنى المقصود من لفظ النص إن كان به غموض، أو إكمال ما اقتضب من صياغته، أو تخريج ما نقص من أحكامه، أو التوفيق بين تعارضاته وتناقضاته إن وجدت. ولا يكون ذلك إلا بإعمال وظيفة التفسير، التي تتسم بطابع عملي في استنباط الحلول؛ أين يتأثر عمل القاضي بالملايسات الواقعية، والمؤثرات الظرفية المحيطة بالدعوى، مما يضطره إلى المطابقة والموازنة بين تفسيره للنصوص، وبين ظروف الواقع الملايس¹.

2- طرق التفسير القضائي:

ومنه سنتولى هاهنا بحث مسألة التفسير من خلال التطرق إلى طرقه وقواعده: يتوجب على القاضي عند تطبيقه لنص قانوني ما، إلا يتعذر بغموضه، أو تناقض جزئياته، وإلا عد منكرًا للعدالة. وعليه أن ينتهج في عمل تفسير هذه النصوص وفق الطرق المقررة، والمناهج المعتمدة، والتي يمكن تقسيمها إلى نوعين؛ داخلية وخارجية:

أ- طرق التفسير الداخلية:

هي المسالك التوضيحية المنطوية ضمن نطاق النصوص التشريعية، ويستعين بها القاضي مع فرض انعدام النص، أو تعارض أحكامه²، وتمثل في:

– القياس: "Analogie"

يعرف القياس بأنه "استنباط حكم غير منصوص عليه، من منصوص عليه، لاتحاد العلة بين الحكمين"³. ويمكن أن يمثل له بالقياس الصائر بين أعمال مانع القتل العمد في الإرث بالوصية. فإذا كان قانون الأسرة يجرم قاتل مورثه من الميراث بموجب المادة 135، مناقضة لمقصوده في استعجال الميراث، فإنه يتصور نقل هذا الحكم إلى قاتل الموصي، إذا كان هو الموصى له، وكان مقصوده استعجال المال محل الوصية⁴. وكذا قياس الجد على الابن في الزيارة، كما قضت بذلك المحكمة العليا في قرارها رقم 189181، والذي جاء فيه: "من المقرر شرعا أنه كما تجب النفقة على الجد لابن الابن، يكون له حق

1 - منصور، محمد حسين: المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص 266 و 267. القويزي: محمد صالح: أنواع التفسير وطرقه والقواعد العامة في تطبيقه، مجلة القضاء، العراق، ع 3، تموز 1975، ص 143.

2 - الداودي، غالب: المدخل إلى علم القانون، مرجع سابق، ص 218.

3 - قويزي: محمد صالح: أنواع التفسير وطرقه والقواعد العامة في تطبيقه، مرجع سابق، ص 147.

4 - جعفرور: محمد سعيد: المدخل للعلوم القا: الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2004، ص 305. الداودي، غالب: المدخل إلى علم القانون، مرجع سابق، ص 218.

الزيارة أيضا، ومن ثمّ فإنّ قضاة الموضوع لما قضوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد، وهو بمنزلة والده المتوفى، كما تجب عبه النفقة يكون له أيضا حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 من قانون الأسرة، فإنّ القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون¹.

- الاستنتاج من باب أولى: "A fortiori"

هو أن تكون هناك حالة منصوصة، وتكون علة حكمها أوفى توفرا وأزيد حضورا في حالة أخرى غير منصوصة، فتعطى الأخيرة حكم المنصوص من باب أولى².

- الاستنتاج بمفهوم المخالفة:

ويقصد به إعطاء حالة مسكوت عنها عكس حكم المنصوص، لانعكاس العلة فيها، أو تخلفها، أو لتخلف شرط أو قيد أو وصف ورد بالنص³. ومثاله ما ورد بالمادة 54 من التشريع الأسري، التي تنص على أنه: "إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"، إذ يستفاد من مفهوم المخالفة لهذا النص أنه يجوز للزوجين أن يتفقا على أن يكون مقابل الخلع فوق قيمة صداق المثل.

- تقريب النصوص:

إذا عمل القاضي المنهج التكاملي في نظر النصوص القانونية التي تعالج موضوعا موحدا، أو وضعها متعارضا، فإن من شأن ذلك أن يوضح له الكثير من معاني مغلقات آحادها، وإبهامات جزئياتها، فالمقابلة بين هذه النصوص المبعثرة، والمقارنة بينها تجلي عن مكنم الترابط والتجانس الذي يميز القاعدة القانونية ككل، مما يجعلها موردا مهما لاستجلاء مراد الشارع فيما أبهم منها، وتوضيح ما أشكل فيها⁴.

ب- طرق التفسير الخارجية:

يلجأ القاضي في تفسير النص القانوني المراد تطبيقه إلى مصادر خارجية، ليستنتق منها المعاني المقصودة من طرف المشرع ويستلهم مراميهم، إذا لم تسعفه المصادر الداخلية في تحقيق هذه البغية، من خلال:

¹ قرار المحكمة العليا رقم 189181، الصادر بتاريخ: 1998/04/21، مجلة الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 192.

² منصور، محمد حسين: المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص 276.

³ جعفرور: محمد سعيد: المدخل للعلوم القا: الوجيه في نظرية القانون، مرجع سابق، ص 306. حمدي، عبد الرحمن: مبادئ القانون، دار النهضة، مصر، د.ط، 2003، ص 180.

⁴ بوضياف، عمار: المدخل للعلوم القانونية، دار ربحانة، الجزائر، ط 2، 2001، ص 212- منصور، محمد حسين: المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص 280.

– المصادر التاريخية:

يفيد المصدر التاريخي للقانون كثيرا القاضي في فهم غوامض النصوص القانونية المراد تفسيرها. والمقصود بالمصدر التاريخي هنا: المستقى التشريعي الذي أخذ عنه المشرع النص القانوني¹. ومنه يتعين على قاضي شؤون الأسرة الاستعانة بالشرعية الإسلامية باعتبارها المرجع التاريخي لتقنين التشريع الأسري وتنظيم أحكامه، فهي المحضن والبيئة التي وجدت فيها أغلب نصوصه، وهي الأجدر بشرح وتوضيح مبهمات الأحكام الفقهية المقننة. ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 62 من قانون الأسرة من أن: "الحضانة هي رعاية الولد، وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته، وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، فأهلية الحضانة في هذا النص مبهمة، وتحتاج بيانا ينبغي على القاضي استقصاءه في كتب الفقه الإسلامي، ومراجعته المعتبرة².

– حكمة التشريع:

قد تُلجئ الحاجة القاضي في بعض الأحوال إلى الاستعانة بحكمة التشريع، في سبيل تفسير نص غامض، أو تكملة نقصه، أو رفع التعارض عنه، من خلال استلهاهم كبرى الغايات والمبادئ التي رام المشرع تحقيقها عبر سنّ هذا القانون أو تلك القاعدة. فالحكمة التشريعية – في أبسط معانيها – تعني المقاصد الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والأخلاقية... التي أراد المشرع تحقيقها. فإذا تعارض تحقق أحد هذه الحكم والمقاصد مع دلالة لفظ النص المحتمل أكثر من وجه، ترجح لدى القاضي الوجه الصحيح فيها، من خلال الاستهداء بتلك المقاصد التشريعية العامة³. غير أن اللجوء إلى هذه الطريق ينبغي قصرها على حالة النص المعيب بسبب خطأ مادي، أو معنوي في الصياغة، أو غموض في المعنى أو نقص في العبارة⁴.

– الأعمال التحضيرية:

هي جميع الوثائق والمناقشات التي صاحبت إعداد القانون، وعاصرت تقنيته، وصاحبت إصداره⁵. ويدخل في ذلك مشروع القانون المقترح، وورقة أسبابه، والتقارير المتعلقة به؛ كالتقرير التمهيدي والتكميلي. فضلا عن مناقشات التصويت، ومحاضر المجالس التشريعية، ولجانها القانونية والأعمال التحضيرية وغيرها...¹.

1 – الداودي، غالب: المدخل إلى علم القانون، مرجع سابق، ص 220.

2 بوضياف، عمار: المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 212.

3 – النجار، عبد الله: أصول القواعد القانونية، المعهد العالي للدراسات، مصر، ط 1، 2006، ص 239.

4 – منصور، محمد حسين: المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص 281.

5 – حمدي، عبد الرحمن: مبادئ القانون، ص 173.

فكل هذه الأعمال ينبغي الاسترشاد بها من طرف القضاء في بحثه النية الحقيقية للمشرع عند تقنينه للنص، غير أنه لا بد من أن يقتزن هذا الاسترشاد بشيء من الحيطة والحذر؛ إذ أن الكثير من مشتملات تلك الأعمال لا تعدو أن تكون آراء شخصية، واجتهادات فردية، تخص أصحابها وحدهم، ولا تعبر ضرورة عن وجهة نظر المشرع، كما أنها قد تكون غير ذات صلة بالنص المقنن، بسبب ما يكون قد أدخل عليه من تعديلات لاحقة، وعليه فإن هذه الاعتبارات تتيح للقاضي أن يأخذ بهذه الأعمال على سبيل الاستئناس، أو يستهدي بطرق تفسيرية أخرى².

3- حالات التفسير:

قد يحدث أن يكون النص القانون معيياً بأحد وجوه العيوب التي تؤثر على المعنى المتضمن فيه، بحيث يتفصد عنه خفاء هذا المعنى بسبب الخطأ، أو الغموض، أو النقص، أو التعارض، وهو ما يستتبع وجوب استكشاف الكنه الحقيقي للنص، وهذا ما نبهته هنا من خلال:

أ- حالة الخطأ المادي:

هو سهو يقع فيه المشرع أثناء صياغته للنص القانوني، وقد يكون بإيراد لفظ غير مقصود ضمن سياق النص، بحيث لا يتأتى تحقق فهم النص إلا بحذفه، أو إسقاط لفظ لازم يتوقف تحقق المعنى على إيراده³. ومثال ذلك ما جاء في الصياغة الأصلية للمادة 30 بالقانون 84-11 عند سردها للمحرمات: " المحصنة والمعتدة من طلاق أو وفاة والمطلقة ثلاثاً، والتي تزيد على العدة المرحص به شرعاً"، وتصويبها يقتضي القول: " والتي تزيد على العدد المرحص به شرعاً"، وما ورد بالفقرة الأخيرة من ذات المادة: "ويحرم الجمع بين الأختين، وبين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة، أو لأب أو لأم من الرضاع"، والصواب "ويحرم الجمع بين الأختين، وبين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت الأختان شقيقتان، أو لأب، أو لأم، أو من الرضاع". وكذا ما ورد بالفقرة الثانية من المادة 202 من لفظة "الموهوب له"، وصوابها "الموهوب له"، ولفظة "المهوب له"، وصوابها "الموهوب له". وجاء بنص المواد 214 و216 و219 لفظتي "المحبس" "المحبس عليه"، وصوابهما "المحبوس"، "المحبوس عليه" وهكذا...

1 - جعفرور: محمد سعيد: المدخل للعلوم القا: الوجيز في نظرية القانون، مرجع سابق، ص 308. بوضياف، عمار: المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 211.

2- جعفرور: محمد سعيد: المدخل للعلوم القا: الوجيز في نظرية القانون، مرجع سابق، ص 308. منصور، محمد حسين: المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص 282.

3- جعفرور: محمد سعيد: المدخل للعلوم القا: الوجيز في نظرية القانون، مرجع سابق، ص 298.

ب- حالة الغموض:

يتحقق الغموض - كداعي من دواعي التفسير - عندما يكون اللفظ أو سياق العبارة محتملا لأكثر من معنى، وهو الأمر الذي يربك القاضي عند تطبيقه لهذا النص بسبب تنازعه بين معنيين فأكثر. ويضطر إلى اختيار ما

يتضح له أنه الأقرب إلى مقصود المشرع ومراده¹.

ومن ذلك نص المادة 55 الذي جاء فيه: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق، وبالتعويض للطرف المتضرر".

ج- حالة النقص:

يتجسد النقص في النص القانوني بإغفال المشرع ذكر لفظ أو ألفاظ لا يتحقق كمال المعنى إلا بتكملتها، وقد يتحقق النقص أيضا بالسكوت عن إيراد حالات وبنود يستلزم المعنى ذكرها².

د- حالة التعارض:

يحدث التعارض المعب للنص في حال وجود تناقض أو تصادم بين أحكام نصين تشريعيين؛ على نحو يستحيل إعمالهما معا. مما يلجئ القاضي إلى تعطيل أحدهما وإعمال الآخر، وفق قواعد التفسير المختلفة، سواء أكان التعارض داخل التشريع الواحد، أم بين نصوص عدة تشريعات³.

فمثال التعارض بين نص التشريع الواحد: نص المادة 33 من قانون الأسرة على أن "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده"، وهو ما يتناقض في الحكم مع نص المادة 32 من ذات القانون التي تنص على إبطال هذه الزيجة لا فسخها، إذ جاء في نص المادة أنه "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع، أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد". وذات الحال يمكن أن يقال بشأن المادة 35 التي تصحح عقود الزواج المقترنة بشرط مناف، رغم أن المادة 32 صريحة في إبطال هذا العقد.

4- التفسير القضائي للقاعدة القانون غير المنصوصة:

يتعين على القاضي، في حال عدم وجود القاعدة القانونية منصوصة بالتقنين الأسري وتصلح للتطبيق

1 - بوضياف، عمار: المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 207. حمدي، عبد الرحمن: مبادئ القانون، ص 171.

2 - جعفرور: محمد سعيد: المدخل للعلوم القا: الوجيز في نظرية القانون، مرجع سابق، ص 301. النجار، عبد الله: أصول القواعد القانونية، مرجع سابق، ص 335.

3 - جعفرور: محمد سعيد: المدخل للعلوم القا: الوجيز في نظرية القانون، مرجع سابق، ص 303. منصور، محمد حسين: المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص 279.

على الواقعة المطروحة للنزاع بين يديه، أن يتولى استمدادها من أحكام الشريعة، وهي الصلاحية الواسعة التي منحتها إيها المادة 222 من قانون الأسرة، والتي جاء في نصها: "كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

ويتضح بالتالي أن الاحالة الممنوحة للقاضي حال الفراغ التشريعي مفتوحة على كل المذاهب الفقهية، والآراء الاجتهادية، سواء كانت للأئمة الأعلام من فقهاء الصحابة رضي الله عنهم، والتابعين، أم لأصحاب المذاهب، وتلامذتهم المجتهدين من المتقدمين، أم حتى تخریجات واجتهادات العلماء المتأخرين.

والحال أن السلطة الحرة الممنوحة للقاضي في تحيّر ما يناسب الوقائع المنظورة من شأنها أن تعطيه كامل الحق في اصطفاء ما يُقدر أنه الأنسب لملازمات وظروف واقعة ما دون غيرها. بيد أن عدم ضبطها بقواعد الترجيح، والاستدلال، وقوة المناسبة، من شأنه أيضا أن يوقع الأحكام القضائية في مطبّة الاختلاف والتفاوت والفوضى، ويؤدي إلى ارتباك المتقاضين فيما يليق بشأن قضاياهم الشخصية، فما يحكم به القاضي في حكم مسألة ما من مسائل الزواج أو الطلاق، لا يضمن أن يحكم به أو بما يقربه في شأن شبيهات تلك القضايا، وهو ما سيتسبب في عدم استقرار الأفضية الأسرية، ولا يتيح للهيئات الأعلى سلطة الرقابة على حسن تطبيق، وتفسير تلك الأحكام والأفضية وتسيبها. فكيف سيتم الفصل إزاء قضية واحدة لم يرد فيها نص في التقنين جاءت أحكام القضاء فيها متناقضة ومتباينة من محاكم الدرجة الأولى أو الثانية؟ وكيف ستفصل قرارات النقض في هذه الأحكام المختلفة في القضية الواحدة؟¹

رابعا- حسن التقدير القضائي للحكم المنزل:

عندما تعرض على القاضي دعوى نزاع بشأن مركز قانوني محدد، فإنه يتعين عليه أن يتناول ذلك المركز -ممثلا في مجموعه الواقعي- بالنظر التقديري وفق محددات عامة، ومبادئ جامعة، تتضمن تمحيص وقائع الخصومة، وتوصيفها، وتصنيفها، للوصول إلى معرفة النظام القانوني المعني بحكمها، ومن ثمّ تحديد القاعدة القانونية المستوجبة التطبيق عليها، وتنزيل حكمها على جزئيات واقعها المنظور.

ولا يتسنى هذا التحديد للقاعدة القانونية إلا بمباشرة اجتهاد ذهني دقيق، يتنزل إلى عناصر النظام الذي تنطوي ضمنه العديد من القواعد القانونية المتسمة بالعموم والتجريد بطبعها، مما يضطر القاضي إلى أن يلتزم حيالها - في تقديره- بإعمال معيار موضوعي عام، وآخر شخصي للوصول إلى تحديد القاعدة القانونية المعنية ببسط سلطتها على الوقائع المطروحة، ليتحقق التطبيق القضائي على وجهه.

فالمقصود بالتطبيق القضائي للحكم: عملية تنزيل أثر القاعدة القانونية المستوجبة التنفيذ على الوقائع

¹ البوطي، محمد امنو: المذهبية الفقهية واثرها في تقنين حقوق الأسرة في الاقطار العربية، دراسة تحليلية مقارنة. مجلة المذهب المالكي، المغرب، ع 17، 2013، ص 60.

القانونية المؤثرة في الدعوى، أو هو العمل القضائي الذي يسقط القاضي بمقتضاه حكم القانون على واقع النزاع. وفيما يلي رصد لأنماط هذا التطبيق من ناحية الاجتهاد الذهني الواجب في حق القاضي.

1- التقدير الموضوعي:

يصطبغ العمل القضائي في التقدير الموضوعي بازدواجية في النظر بين شق الواقع وشق القانون؛ فينطلق القاضي في ضوء محددات التكيف القانوني للمكون الواقعي، للبحث عما يلائمه من أحكام في المكون القانوني. وقد يستحضر ذهن القاضي - في هذه المرحلة - مجموعاً غير معين من القواعد القانونية التي يهياً له أن لها رباطاً ما بالقضية المطروحة، غير أن المطلوب منه هو تحديد من من هاته القواعد هو الأحق بحكم المجموع الواقعي - موضوع النزاع -، وعليه فلا بد أن يتركز معقد تفكير القاضي على تحديد النص، أو المادة، أو المبدأ القانوني المتعين في حق هاته الواقعة. ويتأتى ذلك من خلال تركيز معقد نظر القاضي على بحث **الموجه التشريعي العام** والمجرد، الذي ناط به المشرع مثيلات الواقعة التي ينظرها، في ضوء روح التشريع والمصلحة المبتغاة منه. ويتجسد هذا الموجه والدالّ التشريعي في " **معيار موضوعي عام** " متضمن بالقاعدة القانونية¹، والذي يرشد القاضي إلى مدى مطابقة القاعدة القانونية للواقعة القانونية المحتملة التطبيق². فيقوم النظر التقديري ابتداءً على تحليل القاعدة القانونية؛ المكونة أصلاً من عنصرين اثنين؛ يتمثل الأول في مجموعة من العناصر الواقعية المصاغة في شكل فروض نموذجية مجردة، بينما يمثل الثاني الأثر العام المقصود بالإيقاع عن تحقق تلك الفروض³. فيستخلص القاضي من هذا التحليل " **المعيار العام** " المقصود من المشرع، ويقيم تصوره الهيكلي من خلال استقراء الفروض، وتمحيصها، وتحليلها وتفتيتها إلى عناصر أولية، متصلة بأصولها الواقعية الأولى قبل الصياغة. ثم يعمل القياس المنطقي بين العناصر الجزئية الفاعلة في الواقعة القانونية، وبين المعايير الأولية الكامنة بالقاعدة القانونية، ويجري المطابقة بينهما، ليتأكد من وجود المعيار العام المجرد للقاعدة القانونية بالواقعة الكلية من عدمه⁴. ويتعين على القاضي في هذا التقدير القياسي أن يخلص الوقائع من كافة العناصر الذاتية المرتبطة بذوات الأطراف، وأشخص الخصوم، ولا يحتفظ إلا بما استشف من العناصر العامة المتصلة بذات المركز القانوني المتنازع عليه. ويمكن التمثيل لذلك بتقدير مبدأ رب الأسرة الحريص في تصرفات الولي في أموال متوليه القاصر، والذي يتقوم بتجريد الشخص من " نقائصه الخاصة اللصيقة بذاته الشخصية، فهو الرجل الذي له صفات عادية كالغالب الأعم من الأشخاص، فلا

1- نبيل، عمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 163 وما بعدها.

2- نبيل، عمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، مرجع نفسه، ص 181 وما بعدها.

3- الحجار، محمد حلمي، والحجار: راني حلمي: المنهجية في حل النزاعات ووضع الدراسات القانونية، مرجع سابق، 192 و 193.

4- نبيل، عمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 168 و 181. الحجار، محمد حلمي، والحجار: راني حلمي: المنهجية في حل النزاعات ووضع الدراسات القانونية، مرجع سابق، ص 179،

يفترض فيه أنه يملك حرصاً وعناية مثاليين، أو أنه حامل ومهمل، غاية الخمول والإهمال¹. وهكذا الحال مع مبدأ مصلحة المحضون، ورعاية القاصر، ومبدأ الرضا، والضرر المعتبر شرعاً، وغيره....

فإذا تحقق له وجود المطابقة من الأمرين، أيقن بأن هاته القاعدة لها سلطة بسط حكمها القانوني على الواقعة محل النزاع، وإن لم يثبت له ذلك انتقل إلى غيرها من القواعد القريبة، والمشملة في ذات النظام الذي أرشد إليه التكييف القانوني للواقعة. وصحة نتيجة هذا التقدير القضائي متوقفة على مُكنة القاضي العلمية، ودرسته العملية، وسلامة منطقته، وإحاطته بأصول القانون، وجزئيات الواقع. وليس لأنماط الاستدلال المنطقي من هذه الإصابة أو عدمها نصيب، إلا كونها قالب الذهني، والمنهج الفكري، للوصول إلى نتائج قد تصدق أو تخطئ، بحسب المقدمات الظنية المستخلصة من الواقع والقانون بالتقدير البشري. فالمنطق القضائي المعتمد في التقدير الموضوعي قائم في صدقيته - من جهة - على جملة عناصر غير تقنية منتقاة من حيثيات الواقع الملايس، وهو من جهة أخرى منوط باختيار قاعدة قانونية قد يصيب القاضي وقد يخطئ في اختيارها أو تفسيرها².

وأيا كان الأمر فإن سلطة القاضي في التقدير الموضوعي للخصومة التي ينظرها - تشبه في الفقه الشرع - تحقيق المناط العام الذي يقوم على تحديد أنواع التصرفات المشمولة بالحكم الواجب التطبيق، لعموم المكلفين دون تشخيص أو تحديد، الذي هو نظر شامل يقتضي معرفة عموم الواقع، وإجمال الأحوال، وإلحاقها بالحكم الواجب لها³.

2- التقدير الشخصي:

لا يتوقف العمل القضائي في نظر النزاعات على أعمال السلطة التقديرية للقاضي في شقها العام والموضوعي، وفق محدداته العامة المرتبطة بظاهر الأحوال، وعموم القُصود، بل يدق هذا التدبير أكثر ليشمل الأحوال الذاتية، والأوضاع الخفية، والنيات الملتبسة للأفراد، في صورة مشخصة ومجزأة. ويفترض هذا التقدير وجود قاعدة قانونية متضمنة لمبدأ التقدير الشخصي، الذي ربطه المشرع بمجموع فروض واقعية، شبيهة بالعناصر الواقعية المشتملة بالدعوى المعروضة للفصل⁴.

وينبغي على ذلك، أن يقوم القاضي بعمل مقارنة مركبة؛ تتضمن ابتداء حصر التصور الصحيح لمضمون القاعدة القانونية التي يخالها واجبة التطبيق على محل النزاع. ويتم ذلك ببحث المصلحة المعنية في القاعدة

¹ - نبيل، عمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 172، بتصرف.

² - نبيل، عمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، مرجع نفسه، ص 169 و 170.

³ - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 05، ص 23.

⁴ - نبيل، عمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، مرجع نفسه، ص 201 وما بعدها.

القانونية، فإن كانت مصلحته عامة فإن التقدير يكون موضوعيا عاما، أما إن كانت خاصة وذاتية، فإن النظر يكون شخصا وخصوصا. وهنا، يقوم القاضي باستشفاف واستنباط المعيار الذاتي والخاص للقاعدة القانونية، والذي ينصب عادة على تنظيم وإدارة حقائق إنسانية، وأحوال شخصية، جزئية. ثم يباشر القاضي بعدها المقارنة الثانية، التي يصوب جهده فيها على استقراء المجموع المنتج للوقائع المحتواة بالدعوى، ومقارنته بسلوك أطراف معينين؛ فيدرس الملكات الشخصية، والحاجات البشرية، والسن، والجنس، والخبرة، والحرفة، والثقافة، وظروف الزمان والمكان الملازمة لذواتهم وشخصهم¹. ولا توجد في هذه الأحوال إحالة على معيار عام ومحدد، وإن كان من المتصور أن يوجد معيار خليط يجمع بين المعيار الموضوعي والشخصي، فيعتد في التقدير هنا بإعمال المعيار العام والمجرد، ويراعى أيضا بعض الإشارات الشخصية، والعناصر الذاتية الخاصة بالشخص المراد تقدير سلوكه²؛ كما في ظروف الإكراه على الزواج كعيب من عيوب الرضا، والتي يجب أن تراعى فيه إلى جانب المعيار العام للإكراه، أحوال المكره، وسنه، وجنسه، وظروفه المكتنفة بالعقد. فالاستقلال بين التقديرين غير متصور في كل الأحوال، بل إن أغلب الأوضاع والوقائع تشير إلى اتصال الاجتهادين ببعضهما، وارتباطهما بشكل أو بآخر، وقد يحدث اندماجهما في سيورة عمل قضائي واحد، بحيث يعسر تمييز نطاق كل منهما³.

وأغلب ما يستعين القاضي بالنظر التقديري الشخصي في مسائل النيات والبواعث، كما في الفرق، والمشارطات الزوجية، وكذا المسائل المرتبطة بالظروف الإنسانية للأشخاص، وأحوالهم⁴؛ كتقدير التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، والنشوز، وفي إسناد الحضانة والولاية، والترخيص بالزواج للقصر، وغيرها من القضايا، التي تقتضي العدالة فيها إعطاء هذه الظروف والأحوال أثرها في الحكم.

ولذلك كان هذا النوع من التقدير أصعب وأعقد من قرينه الموضوعي، بسبب خفاء البواعث، ودقة الأحوال الشخصية التي تتطلب من القاضي بصيرة متقدمة، وفطنة نافذة في تحقيق النيات، ودقيق الخلدات، ورفع الأحوال والوضعيات اللصيقة بالمركز القانوني المتنازع عليه. ويعسر هذا النظر أكثر عندما يواجه القاضي حالة مستحدة يحيل القانون بشأنها على أحكام الشريعة الإسلامية، مما يجعل دور القاضي خلاقا وإنشائيا بتفويض من القانون. فهو يجتهد لبحث الحكم الواجب للواقعة المطروحة بين يديه ليعمل أثره على ظروف، وملايسات، وأوضاع جديدة، ومركبة⁵.

1 - نبيل، عمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 203 وما بعدها.

2 - نبيل، عمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، مرجع نفسه، ص 204

3 - نبيل، عمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، مرجع نفسه، ص 204

4 - نبيل، عمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، مرجع نفسه، ص 207

5 - F. Rigaux: *Loi Des Juges*, Odile Jacob, France, 1997, p 65 et 66.

ومن أشهر التطبيقات القضائية لهذا التقدير ما استقر عليه الاجتهاد القضائي من أن تقدير الحقوق الزوجية خاضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وفق الظروف الشخصية المتعلقة بالطرفين، وهو ما كرسه المجلس الأعلى بالقرار القاضي بأنه: "من المقرر شرعا أن تقرير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها تخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسببه، وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا، من غنى وفقر يدخل في صميم القانون، الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية. وإذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة، مقتصرين في تبرير ما حكموا به، على الإشارة إلى حالة الطرفين، وطبقتهما الاجتماعية، دون اعتبار لحالة وطبقة كل منهما، وغناهما أو فقرهما، أو غنى أحدهما، أو فقر الآخر، ودون اعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية، لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة إلى غير ما هو مألوف أن يعطى عادة، بما يتناسب مع إمكانيات الزوج المالية، فإن هؤلاء القضاة فصلوا دون تسبيب، وإعطاء شيء مألوف دون الاستناد إلى أية قاعدة شرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"¹. وتأكيدا لذلك قضى المجلس الأعلى -أيضا- بأن تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج، وأن يراعي القاضي في ذلك حال الطرفين، وظروف المعاش، ومنه فقد نعى المجلس الأعلى على القرار الذي أسقط من اعتباراته في الحكم هذه الأحوال الذاتية، وجاء في منطوقه: "ولما كان ثابتا في قضية الحال، أن المجلس لما قضى بتحديد النفقة للبت اعتبارا من تاريخ الدعوى القضائية، دون أن يقدر ظروف الزوج، ومدخوله، ووسعه، والمدة الزمنية التي مرت بها القضية، وطول المرافعات، يكون قد خالف القانون وأحكام الشريعة الإسلامية"².

ومن المقرر أيضا أنه يجوز إعادة النظر في قدرها، تبعا للمستجدات الطارئة على المعيشة والنفقات، بعد مضي سنة من الحكم، ولذلك قضت المحكمة العليا بالقرار رقم 136604 بأنه: "لما كان ثابتا في قضية الحال، أن الطاعنة رفعت دعوى في سنة 1993 تطلب فيها تعديل حكم 1988/09/27، ومراجعة مبالغ النفقة التي أصبحت لا تكفي حاجات أولادها، بما فيها مصاريف المعيشة، والمدرسة، وأجرة السكن، فإن القضاة بقضائهم بتعديل النفقة طبقوا صحيح القانون"³.

¹ - قرار المجلس الأعلى رقم 3277|9|، الصادر بتاريخ: 1984/04/02، المجلة القضائية 1989، ع 02، ص 61.

² - قرار المجلس الأعلى رقم 51715، الصادر بتاريخ: 1989/01/16، المجلة القضائية 1992، ع 2، ص 55.

وانظر في تقديرها أيضا قرار المجلس الأعلى: 44058: الصادر بتاريخ: 1987/01/12، المجلة القضائية، 1989، ع 02، ص 97.

قرار المحكمة العليا رقم 91671، الصادر بتاريخ 1993/06/23، المجلة القضائية 1994، ع 1، ص 72.

قرار المحكمة العليا رقم 235367، الصادر بتاريخ 2000/02/22، المجلة القضائية 2001، ع 1، ص 275.

قرار المجلس الأعلى: 138958 الصادر بتاريخ 1996/07/09 المجلة القضائية 1998، ع 1، ص 123.

قرار المحكمة العليا رقم 478795 الصادر بتاريخ 2009/02/11 مجلة المحكمة العليا 1997، ع 01، ص 269،

³ - قرار المحكمة العليا رقم 136604: الصادر بتاريخ 1996/04/23 المجلة القضائية 1997، ع 2، ص 89.

وفيما يخص مبالغ المتعة والتعويض والعدة فإن القضاء مستقر على أنها داخلة في صميم التقدير الشخصي والموضوعي للقاضي؛ في ضوء المعايير الموضوعية والمحددات الذاتية المتعلقة بالدعوى. وذلك ما قرره اجتهاد المحكمة العليا رقم 75029 الذي جاء فيه: "من المستقر عليه قضاء، أن تحديد مبالغ المتعة، والتعويض، ونفقة العدة، ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل، ولما كان - من الثابت في قضية الحال - أن قضاة المجلس برفعهم لمبالغ المتعة والتعويض والنفقة المحكوم بها في محكمة أول درجة، دون أن يبينوا أسباب ذلك، شابوا قرارهم بالقصور في التعليل"¹.

ومن تطبيقات مبدأ التقدير الشخصي في مسائل الحضانة أن المقرر في قضاء المحكمة العليا أن إسناد الحضانة منوط بتوافر أهليتها، وتقدير هذا التوافر مرتبط بالاجتهاد في الظروف والأحوال المتلبسة بالحاضن². ولذلك قضى المجلس الأعلى في قراره رقم 33921 أنه: "من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة، ومن بينها القدرة على رعاية المحضون، ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط، يعد خرقا لقواعد الفقه الإسلامي، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثم كان قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها، وهي على هذا الحال، حادوا عن الصواب، وخالفوا القواعد الفقهية"³.

وقد تقتضي الأحوال مخالفة الترتيب الوارد بالمادة 64 من قانون الأسرة، إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك⁴، بسبب ملائمة مقتنة، وأحوال طارئة، ولذلك قررت المحكمة العليا: "حيث أن مدار الحضانة مصلحة المحضون، وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة، وأن تقدير المصلحة يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، وقد عبروا عن هذه السلطة بأسباب كافية، وسائغة من خلال المفاضلة بين الأب والجدة، وترجيحهم بأن مصلحة البنت تقتضي بقاءها مع جدتها، التي تعيش معها منذ وفاة والدتها عام 2001، وطبقوا بذلك نص المادة 64 المشار إليها تطبيقا سليما"⁵.

وقد تتطلب الأحوال إسنادها إلى الحاضن حتى ولو تنازل عنها، وذلك ما حكمت به المحكمة العليا في

قرار المجلس الأعلى رقم 33921 الصادر بتاريخ: 07/09/1984 المجلة القضائية: 1989، ع 04، ص 78.

¹ - قرار المحكمة العليا رقم 75029 الصادر بتاريخ: 18/06/1991 المجلة القضائية: 1994، ع 02، ص 65.

² - من الأحوال الغريبة إلى رأت المحكمة العليا أن من شأنها إلا تتناقض وأهلية الحضانة وشروط إسنادها ما قرره في اجتهاد لها أنه من الممكن إسناد الحضانة للام حتى لو ثبت إدانتها بجرمة الزنا ينظر: قرار المحكمة العليا رقم 564787 الصادر بتاريخ 2010/07/15، مجلة المحكمة العليا، 2010، ع 02، ص 262.

³ - قرار المجلس الأعلى رقم 33921 الصادر بتاريخ: 07/09/1984، المجلة القضائية: 1989، ع 04، ص 78.

⁴ - قرار المحكمة العليا رقم 497457 الصادر بتاريخ 2009/05/13، مجلة المحكمة العليا، ع 1، ص 297.

⁵ - قرار المحكمة العليا رقم 613469 الصادر بتاريخ: 10/03/2011 المجلة القضائية: 2012/1994، ع 1، ص 287.

قرارها رقم 581222 ، والذي جاء في منطوقه "قد تقتضي مصلحة المحضون إسناد حضانة المحضون لأمه، بالرغم من تنازها عنها في دعوى التطلق، بسبب الحكم على الزوج لارتكابه جريمة مخلة بشرف الأسرة"¹.

والجدير بالإشارة هنا إلى أن التقدير الشخصي للقاضي في نظر الدعاوى المطروحة بين يديه يقابله عند علماء الشرع تحقيق المناط الخاص الذي يقوم على النظر في كل مكلف، بالنسبة إلى ما وقع عليه من الدلائل التكليفية، بحيث يتعرف منه مداخل نياته والهوى الذي يملكه، والحظوظ العاجلة التي تلابسه، فيحكم في قضيته بما يصلحه في نفسه، بحسب وقت دون وقت، وحال دون حال².

3-آليات التقدير والتنزيل:

نعالج هنا الآليات المنطقية لاستدلال القاضي في عملية التنزيل، من خلال تكوين اقتناعه بشأن النزاع المطروح بين يديه، إذ الحكم القضائي عملية عقلية تعتمد على الفهم الدقيق للوقائع ابتداءً، والتكييف الصحيح لها ثانياً، ليصل بها انتهاءً إلى التطبيق القانوني، الذي إذا أريد له أن يعصم من مجنّة الخطأ وتحكم الهوى، فلا بد من اعتماد قواعد الفكر الأساسية، ومراعات مبادئ الاستدلال والاستنتاج بدقة في علمي منطق القانون والقضاء.

أ- الاستقراء "Induction":

يعرف على أنه: "التتبع والتصفح والتعرف على الظاهرة كلها أو بعضها، ثم الوصول عن طريق التعميم إلى حكم عام يشملها"³، وعلى هذا يكون الاستقراء مسلكاً استدلالياً غير مباشر مثله مثل القياس، غير أنه يتميز عنه بكون انتقال الفكر فيه يكون من الحكم على الجزئي إلى القانون الكلي الذي يشمل ويعمه، فهو حركة صاعدة من الجزئيات الخاصة إلى القضايا الكلية المكونة للنتائج. بعكس القياس الذي ينزل في الحكم من الأصل إلى الجزء⁴. كما أن الاستقراء عمل ذهني غير خالص يتجه فيه العقل إلى الموضوعية البحتة للأشياء، من خلال قواعد منهجية علمية تصل به إلى النتيجة والتفسير والتنبؤ والتطبيق، مما يجعله يعنى بالصدق الواقعي في نتائجه وتنبؤاته وتطبيقاته. بينما يستقل القياس بالفعل الفكري الخالص الذي يتأسس على اتساق الفعل مع نفسه، للوصول إلى نتائج دون مراعات لموضوعية الأشياء فيها، أو مدى

¹ - قرار المحكمة العليا رقم 581222 الصادر بتاريخ: 2010/10/14 المجلة القضائية: 2011، ع 1، ص 248.

² - الشاطبي، أبو إسحاق: الموافقات، مرجع سابق، ج 5، ص 25.

³ - الأنور، محمد حامد: نظرات في المنطق الحديث ومناهج البحث، دار الطباعة المحمدية، مصر، ط 2، 1996، ج 2، ص 33.

⁴ - الحويني، حسن: دراسات في المنطق الحديث، مطبعة الأزهر، مصر، د.ط، د.ت، ص 22.

ارتباطها بالواقع، فهو نهج عقلي صرف¹.

وتتجلى أهمية الاستدلال الاستقرائي في التنزيل القضائي من خلال تفحص الوقائع المتضمنة بالدعوى، لا باعتبارها كليات عامة، بل يعتمد القاضي إلى تجزئتها وتفكيكها إلى عناصر قانونية، وأخرى مادية، ثم يعرضها على الأدلة ليثبت من صحة وجودها أو انتفائها، من خلال مجرد كل دليل، وإعماله على حدى إزاء كل جزئية من تلك العناصر المكونة للواقعة ليتسنى له بعدها استخلاص الواقعة الحقيقية التي يتركز عليها الأساس القانوني في تنزيل الحكم القضائي الملائم لها².

ولا يتوقف دور الاستقراء عند نطاق فهم وتمحيص الواقعة بل يتعدى ذلك إلى دائرة التوصيف؛ من خلال سبر الأوصاف المختلفة، وعرضها على فروض القاعدة القانونية ليختار منها الوصف القانوني المناسب، كما يتسع دور هذا النمط الاستدلالي ليشمل مرحلة التطبيق، أين تتكرر أحوال اللجوء إلى هذه القاعدة المنطقية الموضوعية أثناء تكوين القاضي لمصادر فهمه واقتناعه الشخصي بالأدلة والدفوع المتضمنة بالدعوى.

والاستقراء على ذلك نوعان؛ تام وناقص: فأما الاستقراء التام فهو ما كان التصفح فيه لجميع الجزئيات، وهو مفيد لليقين ولا مزية فيه للكلي على أحكام الجزئي، إلا بالإجمال والتفصيل، والايجاز والتطويل³.

أما الاستقراء الناقص فهو التتبع لبعض الجزئيات المعلومة، ثم الانتقال عن طريق التعميم إلى استنتاج حكم كلي، يشمل ما تُصَفح من الكليات وما لم يُتَصَفح، ورغم إفادته للظن، غير أنه يمثل روح المنهج التجريبي المعاصر⁴.

ب- القياس المنطقي "Syllogism":

لا يكفي لتكوين اقتناع قضائي صحيح إجراء استقراء شامل لعناصر الواقعة القانونية، وسبر مقوماتها الأساسية، بل لا بد على القاضي من إعمال أدوات الاستدلال الاستنتاجي، لاستثمار هذه الوقائع في استمداد الأحكام والنتائج الصحيحة، من خلال إجراء المقايسة المنطقية. فالقياس المنطقي هو قلب المنطق الأرسطي، والمقصد الأسمى من المنطق الصوري؛ كونه أهم طرق الاستدلال غير المباشر وأقومها إنتاجاً⁵،

1 - إبراهيم، مصطفى: منطق الاستقراء، منشأة المعارف، مصر، د.ط، 1999، ص 14.

2 - ذنون، ياسر باسم: دور الاستدلال المنطقي لفهم الواقع والأدلة في الدعوى المدنية، مجلة الراصد للحقوق، العراق، ع 33، 2007م، ص 116 و117.

3 - عبد السلام، عبد السلام: المنطق والفكر الإنساني، دار الكتب، مصر، د.ط، 1986، ص 250.

4 - الأنور، محمد حامد: نظرات في المنطق الحديث ومناهج البحث، مرجع سابق، ج 2، ص 38.

5 - رشاد، محمد: إطلالة على المنطق القديم، دار الكتب، مصر، ط 3، 2003، ج 2، ص 137.

ومعناه في الاصطلاح: "لفظ تركب من قضيتين فأكثر، يلزم عنهما لذاتهما قول آخر"¹. ومبنى القياس - عند المناطقة - على حدود ثلاثة مع نتيجة:²

- حد أصغر: ويسمى مقدمة صغرى، وهي موضوع النتيجة.

- حد أكبر: ويسمى مقدمة كبرى، وهو محمول النتيجة.

- حد أوسط: وهو علة الاشتراك والربط بينهما، ويجذف عند الإنتاج.

- النتيجة: تتضمن كلا من الحدين الأصغر والأكبر.

فالحدان الأكبر والأصغر هما طرفا القياس اللذان يرتبطان بالحد الأوسط، ليثمرا النتيجة على وجه اللزوم، بسبب التداخل والاستغراق، فإذا كان "أ" داخلا في "ب" لأنه أعم منه، و"ب" داخلا في "ج" لأنه أعم منه، فإن اللازم من ذلك دخول "أ" تحت "ج" وهو المطلوب³.

وعليه تكون هيكلية القياس القضائي مبتناة على مقدمة كبرى هي القاعدة القانونية العامة، سواء كانت نصا مثبتا، أم اجتهادا مستنبطا، ومقدمة صغرى وهي وقائع القضية المنتجة فيها بعد تفسيرها وتنقيحها من موانع الحكم القانوني للقاعدة. وحد وسط بينهما، ويمثل الأوصاف المؤثرة والعلل المشتركة بين المقدمتين، والنتيجة هي تقرير انطباق الحكم الكلي المجرد على الوقائع الجزئية المشخصة بسبب التضمن الحاصل بين المقدمتين في العلل والأوصاف⁴.

ولا يبدو التنزيل القضائي للقضايا والنوازل الواقعة بمثل هذه البساطة التي ترسمها القاعدة النظرية للقياس الأرسطي؛ إذ أن تعقيدات الوقائع المستجدة وتشابك مقوماتها المؤثرة يضطر القضاة عادة إلى أعمال القياس على عدة مستويات وفق تعدد متسلسل في المقدمات، ليصبح القياس عندها متشعبا ومركبا؛ بحيث تصعب معه عملية الاستدلال والاستنتاج⁵.

وعليه فلا بد من الموازنة هنا بين القياس والاستقراء لشدة الترابط والتلازم الذي يجمعهما في سبيل تذييل الوصول إلى نتائج صائبة وصحيحة لا يمحّجها العقل، فالاستقراء - أيا كان نوعه - فإنه يبقى إجراء برهانيا على قدر موفور من الأهمية التي تضارع الأهمية التي يحظى بها القياس كونه يضمن مطابقة المقدمات

¹ - الدهموري، أحمد: إيضاح المبهم في معاني السلم للأخضري، ت. عمر فاروق الطباع، دار المعارف، لبنان، ط 2، 2006، ص 71. -

البهنسي، محمد: تهذيب المنطق، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، د.ط، 1984، ص 23.

² - رشاد، محمد: قوانين الفكر الإنساني، دار الكتب، مصر، د.ط، د.ت، ص 115.

³ - البهنسي، محمد: تهذيب المنطق مرجع سابق، ص 23. نصار، محمد: الوسيط في المنطق السوري، دار البيان، مصر، ط 5، 2004، ص 194 و195.

⁴ - ابن خنين، عبد الله: تنزيل الأحكام على الوقائع القضائية والفتوية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 311. الحجار، محمد حلمي، والحجار: راني حلمي: المنهجية في حل النزاعات ووضع الدراسات القانونية، مرجع سابق، ص 184.

⁵ - M. F. Magnan: Introduction Au Droit, PUF. France, 2 ed, 2014, P 80.

للقائع، بينما يفيد القياس في ضمان عدم تناقض الفكر أثناء انتقاله من المقدمات إلى النتائج على نحو منطقي ممنهج¹.

ولا يتوقف الأداء العقلي لتقديرات القاضي واجتهاداته الذهنية عند أعمال أداتي الاستقراء والقياس، بل إن القاضي في خضم هذا الاجتهاد العقلي يلجأ أيضاً إلى تفعيل آليتين مهمتين لإنجاح تقديره وتكوين اقتناعه من خلال التحليل والتركيب؛ **فالتحليل** عملية ذهنية تتركز على كشف وإدراك العناصر الأساسية للواقعة القانونية، وتمييزها عن الفرعي منها، ليخلص القاضي بعدها إلى المقارنة بين أوجه الشبه والخلاف بين مجموع المكون الأساسي للقائع التي ينظرها بالتمحيص والتحليل، وبين الأدلة والحجج المثبتة لها لأجل التأكد من صدقيتها. أما **التركيب** فهو نشاط عقلي يهدف إلى البرهنة على صحة التحليل وصواب نتائجه، من خلال إعادة التأليف للمقومات الرئيسة للواقعة المنظورة، والنظر فيما إذا كانت متفصدة عن ذات المركب الأول أم لا؟ فإن أفضت العملية إلى تركيب ذات الواقعة منقحة من شوائبها، فهي الصورة النهائية التي ينبغي على القاضي رسم الحكم عليها، أما إن كان المأل إلى مركب آخر غير الواقعة الأصلية، فذاك دليل على الخلل الإجرائي للاجتهاد القضائي في تحليل جزئيات الفعل المشخص الذي تريد المحكمة فصل الخصام فيه. وبذلك تتضح وثيقة الرباط الذي يجمع عمليتي التحليل والتركيب من أجل اختيار مدى صحة الاستدلال الاستقرائي والاستنباطي الذي يجريه القاضي على النازلة موضوع النزاع².

خامساً- استصدار الحكم القضائي وحجته:

1-تعريف الحكم القضائي:

تباينت نظرة الفقه القانوني لتعريف الحكم القضائي في معناه الاصطلاحي الوضعي بين موسع ومضيق؛ فالرأي الموسع يعرف الحكم القضائي على أنه: "القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً، ومختصة في خصومة رفعت إليها، وفق قواعد المرافعات، سواء أكان صادراً في موضوع الخصومة، أو في شق منه، أو في مسألة متفرعة عنه"³.

ويكون الحكم القضائي -بحسب هذا الرأي- كل قرار تميز بأمرين اثنين هما:

1- أنه صادر عن هيئة قضائية بما لها من سلطة قضائية مخولة في نظر الدعاوى.

2- أنه صادر في موضوع خصومة، أو في بعض أجزائها أو متفرعاتها.

¹ - إبراهيم، مصطفى: منطق الاستقراء، مرجع سابق، ص 13.

² - ذنون، ياسر باسم: دور الاستدلال المنطقي لفهم الواقع والأدلة في الدعوى المدنية، مرجع سابق، ص 120 و 121.

³ - أبو الوفا، أحمد: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، مصر، ط 6، 1986، ص 34.

مما يجعله - من سعة المضمون - بحيث يشمل كل القرارات الصادرة أثناء سير الخصومة أو الفصل في بعض مسائلها الإجرائية، أو بعض جزئياتها الموضوعية، سواء ترتب عن ذلك نهاية النزاع برقمته أم لا. أما الرأي المضيق لمعنى الحكم القضائي فيعرفه على أنه: "القرار الصادر من هيئة قضائية، الفاصل في النزاع أو المقرر لواقعة معينة وفق إجراءات معينة"¹. وقد أخذ المشرع الجزائري بالرأي الموسع، وذلك ما أومأت إليه الفقرة الأخيرة من المادة 08 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي جاء فيها: "يقصد بالأحكام القضائية في هذا القانون الأوامر، والأحكام، والقرارات القضائية"، وهو تصديق لقرارات سابقة للمحكمة العليا، والتي نصت فيها على أن مصطلح الأحكام شامل لكل ما يصدر عن القضاء من أحكام وقرارات، بما فيها الأوامر الاستعجالية².

وهذا التعميم له معايب جمّة، والأولى التقصد في المفهوم والأخذ بالمعنى الاصطلاحي الضيق، لأنه الأنسب لبيان الغاية الأساسية من الوظيفة القضائية في الفصل في النزاع، أما ما يصدر عن المحكمة أثناء سير الدعوى، ونظر القضية دون حصول فصل في الخصومة فلا يكون لإطلاق اسم الحكم عليه عنوان الحقيقة، بل هو محض تجوز³، كما أنه مُعين على تبيين نطاق الحجية القضائية لتلك الأحكام، والمنوطة أساساً بالمنطوق الفاصل في الخصومة⁴. وعلى هذا الترخيص يكون التعريف الأنسب للحكم القضائي - وفق موضوع الدراسة - هو: "كل قرار صادر عن هيئة قضائية مختصة بغرض كشف الأثر القانوني لتنزيل القاعدة القانونية على الوقائع المتضمنة بالدعوى وفق إجراءات محددة".

2- استصدار الحكم القضائي:

تمر صناعة الأحكام القضائية بمراحل ثلاث هي:

أ- المداولة:

ويقصد بها المناقشة التي تتم بين أعضاء المحكمة، إذا تعددوا، للاتفاق على وجه الحكم في الدعوى⁵، ولا تدخل القضية في مرحلة المداولة إلا بعد تهيئتها للحكم فيها، بعد الاستماع إلى طلبات الخصوم، وإدلائهم بدفوعهم، والنظر في أدلتهم ومستنداتهم بخصوص عناصر النزاع، ثم قفل باب المرافعة، والذي ينقل

1 - أبو البصل، عبد الناصر: نظرية الحكم القضائي، دار النفائس، الأردن، د.ط، د.ت، ص 60.

2 - ينظر على سبيل المثال:

- قرار المحكمة العليا رقم: 180881، الصادر بتاريخ 1998/02/25، المجلة القضائية، 1998، ع 1، ص 78.

3 - أبو البصل، عبد الناصر: نظرية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص 60.

4 - كاملي، مراد: حجية الحكم القضائي، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، الجزائر، 2008، ص

39.

5 - صقر، نبيل: الوسيط في شرح قانون لإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 250.

القضية من حيازة الأطراف إلى حوزة المحكمة¹. وتتم المداولة بشكل سري بحضور كل قضاة التشكيلة، وبدون حضور ممثل النيابة العامة، أو الخصوم ومحاميهم، أو أمين الضبط (المادة 269 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

أما إذا كانت هيئة الحكم مكونة من قاض فرد، فإنه يجوز له إصدار الحكم فور انتهاء المرافعة، أو في تاريخ لاحق على أن يبلغ الخصوم به خلال الجلسة (المادة 271 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)².

ب- صياغة الحكم القضائي:

يتم تحرير الحكم وفق ضوابط شكلية محددة قانونا وفق أربعة أوعية هي:

- **الديباجة "Préambule"**: وهي فاتحة الحكم والجزء المصدر به، ويتضمن وجوبا البيانات التالية:

- عبارة "الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية".

- اسم الجهة القضائية المصدرة للحكم.

- أسماء وألقاب وصفات القضاة الذين تداولوا القضية.

- تاريخ النطق بالحكم.

- اسم ولقب ممثل النيابة العامة عند الاقتضاء.

- اسم ولقب أمين الضبط الذي حضر في تشكيلة الحكم.

أسماء وألقاب الخصوم وصفاتهم، وموطن كل منهم، وفي حالة الشخص المعنوي تذكر طبيعته وتسميته ومقره الاجتماعي، وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي.

- أسماء وألقاب المحامين، أو أي شخص آخر قام بتمثيل أو مساعدة الخصوم.

- **الوقائع "Les Visas"**: ويتضمن هذا الجزء - تحت طائلة البطلان - بيانا بوقائع القضية المهمة والمنتجة

في الدعوى باختصار، مع ذكر لأسانيد الأطراف، وما أثبتوه من وسائل وأدلة أو دفع أو طلبات أو إجابات؛ مما يكون ذكره ضروريا للفصل في الدعوى، لتعلقه بسير الخصومة القضائية. وهو ما نصت عليه المادة 272 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي جاء في فحوى فقرتها الثانية: "يجب أيضا أن يستعرض بإيجاز وقائع القضية، وطلبات وادعاءات الخصوم، ووسائل دفاعهم". وهو ما أكدته المادة 554 من ذات القانون بشأن قرارات المحكمة العليا.

- **التسبيب "La Motivation"**: المقصود به "بيان الأدلة الواقعية والقانونية التي يبني عليها القاضي

حكمه"¹؛ فالقضاء المسبب هو الذي يمكن من الإشراف على الأحكام، ويضمن تقدير التطبيق السليم

1 - الهندي، أحمد: أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، د.ط، 2006م، ص 483.

2 - صقر، نبيل: الوسيط في شرح قانون إجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 251.

للقانون على مختلف الوقائع والنزاعات التي ترفع إليه²، وهو مظهر من مظاهر قيام القاضي بما عليه من واجب التدقيق، أو بحث وإمعان الفحص في تعريف الحقيقة التي تشف عنها أحكامه التي يصدرها³. ولذلك نصت المادة 277 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ذلك بالنسبة للمحاكم، فجاء فيها أنه: "لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد التسييب، ويجب أن يسبب الحكم من حيث الواقع، والقانون، وأن يشار إلى النصوص المطبقة". وبالنسبة للمجالس، فقد قررت المادة 554 من ذات القانون أنه: "لا يجوز النطق بالقرار إلا إذا كان مسببا مسبقا، يجب أن يكون القرار مسببا من حيث الوقائع، ومن حيث القانون، مع الإشارة إلى النصوص المطبقة"⁴.

قد ينصب التسييب على الوقائع أو القانون أو هما معا، فينطلق القائم بالحكم بالتحليل من تصور المفاعيل المؤثرة، وفهم الجزئيات الواقعية المنتجة في الدعوى، ليصبها في قوالبها الفنية، ويعطيها التوصيف القانوني اللائق بها في عملية التكييف، ليصل -بعد ذلك- إلى تعيين القواعد القانونية المعدة سلفا من المشرع لحكم مثلات تلك الفئات القانونية، ويعد التسييب معقد الفصل في العمل القضائي، ومنتهى الغاية فيه، وبه يبرز مدى قدرة وبراعة القائم بالتنزيل القضائي، وجودة فكره، ومخايل تضلعه بفقاه الواقع، وحذقه وتبصره بنفوس الخصوم وغوامض أحوالهم المكتنفة.

-**المنطوق "Le Dispositif"**: وهو النص الذي حكمت به المحكمة في طلبات الخصوم المعروضة عليها⁵، ويتحدد مضمونه من خلال مطابقة القاعدة القانونية المنتخبة بالتكييف على وقائع القضية المنظورة وفق الظروف المكتنفة، والأحوال المتلبسة بالمسألة وأطرافها. ويعتبر المنطوق بذلك أهم أجزاء الحكم قاطبة، لأنه الجزء المعبر عن الحقيقة الواقعية من وجهة نظر اجتهادية قضائية، وبه تتعين مقاطع المراكز القانونية للأطراف المتخاصمين، بناء على ما ثبت من مسببات ووفق ما قدم إلى المحكمة من طلبات. ويمكن أن تقتصر تلاوة القاضي للحكم الصادر في القضية على جزء المنطوق، فهو الشق المطالب به قانونا وفق نص البند الثامن من نص المادة 275 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويجب أن يصدر ذلك على وجه العلانية، وأن يشار فيه إلى ذلك، كما هو نص المواد 272 و 553 و 582 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

1 - صقر، نبيل: الوسيط في شرح قانون لإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 257.

2 - جاء في قرار المحكمة العليا رقم: 8797 أن: "تسبب الأحكام هو معيار صحتها، ومبعث الاطمئنان إليها، ودليل قوتها، وبيان جهد القاضي في القضية من خلالها، والتسييب المركز والمدعم بالوثائق يغني عن تجاهل القاضي لذكر النص القانون في الحكم" ينظر: قرار المحكمة العليا رقم 58797، الصادر بتاريخ: 1990/03/19، المجلة القضائية، 1993، ع 01، ص 52.

3- أبو الوفا، أحمد: تسييب الأحكام، مرجع سابق، ص 04.

4 - أغفلت المادة 582 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية النص على شرط تسييب قرارات المحكمة العليا، وكان الأولى بالمشرع سد هذه الهفوة، سيما وأن الأمر يتعلق بضابط جوهرى، يدخل في صميم عمل أعلى هيئة في الهرم القضائي الجزائري.

5 - صقر، نبيل: الوسيط في شرح قانون لإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 254.

ويرفق ذلك كله بالتوقيع على أصل الحكم من طرف الرئيس وأمين الضبط والقاضي المقرر عند الاقتضاء، ويحفظ أصل الحكم وملف القضية في أرشيف الجهة القضائية، ويمكن للخصوم استعادة وثائقهم المملوكة لهم بناء على طلبهم مقابل وصول تثبت ذلك. ويحق للخصوم طلب نسخة عادية أو نسخة تنفيذية من أمين الضبط يكون لها حجية العقد الرسمي، ليتسنى معها له تطبيق الحكم، وتجسيده في أرض الواقع.

ج- إصدار الحكم القضائي:

يصدر الحكم القضائي الفاصل في النزاع بأغلبية الأصوات، ويتم النطق به علنيا إعمالا لمبدأ شفافية العمل القضائي، كما هو نص المادة 270 و 272 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹، حيث يتلو الرئيس منطوق الحكم على مسامع الحاضرين، وبحضور التشكيلة التي تداولت على القضية (المادة 273 قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

3- آثار الحكم القضائي:

ينجر عن صدور الحكم القضائي -في صورته القانونية المكتملة- جملة من الآثار القانونية المتنوعة بين ما يتعلق بالمراكز القانونية محل النزاع، وفصل الخصومة وإنهائها.

أ- أثر الحكم القضائي على الحق المحكوم به:

ينتج عن الحكم القضائي ثلاثة أنواع من الأحكام القضائية:

- **الأحكام المقررة للحقوق "Déclaratif"**: يعرف الفقه القانوني الأحكام المقررة للحقوق بأنها: "الأحكام التي لا تخلق حقا جديدا للخصوم، وإنما تقرر حقا كان موجودا قبل صدورها"². فإذا حكم القاضي الأسري بصحة عقد الزواج أو الهبة أو الوقف أو النسب، فإن هذا القضاء لا ينشئ مركزا قانونيا جديدا لأطراف النزاع، وإنما يقرر صحة ما هو قائم منها قبلا لأطراف العقد موضوع الخصومة. وهذه هي القاعدة الغالبة لمجموع الأحكام التي تصدرها المحاكم، لأن جوهر دور الحكم في كشف وتأكيد وتقرير الأوضاع القانونية القائمة³.

- **الأحكام المنشئة للحقوق "Constitutif"**: هي -في العرف الفقهي- تلك: "الأحكام التي تخلق أو

1 - بربارة، عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 200.

2 - الصاوي، أحمد: الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 869.

3 - أبو البصل، عبد الناصر: نظرية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص 447. صقر، نبيل: الوسيط في شرح قانون إجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 276.

تنشئ حالة قانونية جديدة لم تكن موجودة قبل صدور الحكم¹، ومن نماذجها الحكم بالطلاق أو القضاء بنفي النسب أو بطلان عقد الزواج... فهذه الأحكام ومثيلاتها تتسبب في إنشاء أوضاع قانونية جديدة تؤثر على المراكز القانونية القائمة تغييراً أو تعديلاً أو إنشاءً، مما يترتب عليه تغيير، أو تعديل، أو نشوء حقوق أخرى تبعاً لذلك².

- أحكام الإلزام: هي مجموع القرارات التي ينجر عنها إجبار المحكوم عليه بأداء معين؛ كالحكم بدفع النفقات الغذائية للزوجة، أو توفير سكن للحاضنة، أو دفع بدل الإيجار، أو إرجاع الأثاث الزوجي...³ ويرتب الفقه على هذا الاختلاف في التمييز بين الأحكام من حيث تباين زمن بدء آثارها؛ فالأحكام المنشئة لا تقوم آثارها إلا من وقت صدور الحكم بها، بينما يترد أثر الحكم بالقرارات المقررة والملزومة إلى وقت سابق عن هذا الصدور، يتحدد بعضه بيوم رفع الدعوى، بينما يتأقت البعض الآخر بزمن نشوء الحق نفسه، إذا لم يجعل له القانون تأقيتاً مغايراً، كما هو الحال في أحكام النفقات الغذائية التي تستحق من تاريخ رفع الدعوى، غير أنه للقاضي أن يحكم باستحقاقها قبل ذلك بسنة بناء على بينة مثبتة. غير أن الجدير بالتنبيه هنا هو صعوبة التفرقة والتمييز بين مجموع الأحكام على التفصيل السابق، بسبب تعقد وتشابك بعض الحقوق، وجمعها بين سمات الإنشاء والتقرير والإلزام، وعليه يمكن القول - بالجملة - أنه سواء وصف الحكم بالمنشئ أو المقرر أو الملزم، فإنه يدعم الحق دائماً ويقويه، وبصدوره ينتج أن:

- يتأكد الحق ويقوى به الحكم الذي يمنع على المحكوم عليه المنازعة فيه، وإن جاز له الطعن فيه بالطرق المقررة قانوناً.

- يحل الحكم محل السند الرسمي الذي كان أساس الدعوى، فيصبح حجة رسمية تخوله حق تنفيذه تنفيذاً جبرياً فور صدوره، إذا كان معجل النفاذ، أو بعد استيفاء طرق الطعن في باقي الأحوال.

- لا يسقط الحق المحكوم به إلا بمضي مدة 15 سنة، ولو كان من الحقوق التي تنقضي أصلاً بالتقادم قصير المدة⁴.

ب- أثر الحكم القضائي على الخصومة:

ينجر عن صدور الحكم القضائي النهائي الفصل في الخصومة وارتفاع ولاية نظر المحكمة في حكم القضية، فلا يجوز للقاضي إعادة فتح المحاكمة، أو الرجوع عما أصدر فيها من أحكام، أو تعديلها، أو

1 - الصاوي، أحمد: الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 869.

2 - أبو البصل، عبد الناصر: نظرية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص 447. - الصاوي، أحمد: الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 869.

3 - أبو البصل، عبد الناصر: نظرية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص 448.

4 - الصاوي، أحمد: الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 870 و 871.

الإضافة عليها¹، وهذا عملاً بالمادة 297 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على أنه: "يتخلى القاضي عن النزاع الذي فصل فيه بمجرد النطق بالحكم"، وهو تكريس تقنيي للمبدأ الاجتهادي المقرر لدى المحكمة العليا من أنه: "إذا تمت عملية النطق بالحكم، أصبح الخصوم هم المالكون له، ويخرج سلطة القضاة بصفة نهائية"².

ويختص هذا الأثر المنهني للنزاع والرافع للخصومة بجملة الأحكام النهائية الفاصلة في النزاع، سواء صدر ابتدائياً وانتهائياً على مستوى الدرجة الأولى، أو كان صدوره عن جهة الدرجة الأولى والأخيرة، ولم يقبل الاستئناف باستيفائه من جهته، أو انقضاء ميعاد الطعن المقرر له³.

ولا تمنع صفة النهائية في الحكم جواز تصحيح الأخطاء المادية المتضمنة به، كما هو منصوص الفقرة الأخيرة من المادة 286 من ذات القانون، والتي تنص على نه: "يجوز للجهة القضائية التي أصدرت الحكم، ولو بعد حيازة ذلك الحكم قوة الشيء المقضي به، أن تصحح الخطأ المادي أو الاغفال الذي يشوبه، كما يجوز للجهة القضائية التي يطعن في الحكم أمامها القيام بتصحيحه"، ويقدم طلب التصحيح إلى الجهة القضائية المصدرة للحكم بعريضة وفقاً للأشكال المقررة في رفع الدعاوى، ويفصل فيه بعد سماع الخصوم، ويؤشر بحكم التصحيح على أصل الحكم المصحح، ويبلغ الخصوم به، وإذا أصبح هذا الحكم حائزاً لقوة الشيء المقضي به، فلا يمكن الطعن فيه إلا من طريقه غير الاعتيادي، كما هو نص المادة 286 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁴.

كما مكن القانون أطراف الخصومة من إمكانية إعادة الحكم للجهة القضائية المصدرة له، بغرض تفسيره وتوضيح مدلوله، أو تحديد مضمونه وفق ذات الإجراءات كما هو فحوى المادة 285 من ذات القانون⁵.

ج- حجية الحكم القضائي:

-تعريف الحجية القضائية:

المقصود بالحجية القضائية تلك "الحماية القضائية التي يمنحها الحكم القضائي للمحكوم له، تمنع

1 - أبو البصل، عبد الناصر: نظرية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص 448.

2 - ينظر قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ: 1973/05/23. نقلاً عن: بربارة، عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 214.

3 - صقر، نبيل: الوسيط في شرح قانون لإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 248.

4 - بربارة، عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 207.

5 - صقر، نبيل: الوسيط في شرح قانون لإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 276 و 277.

خصمه من إعادة عرض النزاع من جديد أمام محكمة أخرى موازية للمحكمة التي أصدرت الحكم القضائي، كما يلزم الحكم القضائي المحكمة التي أصدرته وسائر المحاكم الأخرى، وإذا عرض نفس النزاع الذي صدر فيه الحكم القضائي عن أي محكمة للفصل فيه، فإنه يتعين عليها أن تحكم بعدم قبول الدعوى القضائية¹.

وتشكل الحجية - بذلك - ضرورة حيوية للسيرورة الطبيعية للعمل القضائي؛ إذ لا يعقل أن تستمر الخصومات ذاتها بين الأشخاص عينهم دونما حد، فتتأبد النزاعات وتخلد، مما يترتب عنه تقلب المراكز القانونية، وعدم استقرارها، وتعطيل معاملات الناس، ونشر الفوضى، والتناقض في أحكام القضاة، مما ينزع عنها الهبة، ويزعزع الثقة فيها لدى المتقاضين². وهو ما لا يرتفع إلا بإكساب حجية الشيء المقضي فيه لتلك الأحكام كقرينة قانونية، مفادها أن الحكم الصادر في الخصومة متضمن لقضاء عادل من حيث الموضوع، ومنطوق على وجهه الصحيح الواجب له من حيث الشكل. وعليه يكون حجة فيما فصل فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة، وهو ما أكدته المادة 338 من القانون المدني، والاجتهاد القضائي المكرس لذلك³.

ومنه يكون مؤدى الحجية القضائية للأحكام تحقق أثرين؛ أحدهما سلبي، والآخر إيجابي؛ فالسلبي منهما متمثل في عدم جواز رفع الدعوى القضائية ذاتها من جديد، حتى ولو ظهرت بشأنها أدلة جديدة لم يسبق نظرها من طرف المحكمة المصدرة للحكم، وأما الأثر الإيجابي فيتمثل في ضرورة احترام القاضي والخصوم لمضمون الحكم الصادر في الخصومة القضائية عند رفع الدعوى القضائية من جديد، أو عند إثارة ذات المسائل التي سبق للحكم القضائي فصل القول فيها في دعوى قضائية سابقة. فيحق للمحكوم له التمسك بالمزايا المقررة بذلك الحكم، كما يتعين في حق القاضي احترام تلك المقررات عند نظر دعوى قضائية قابلة⁴.

وينبغي التمييز - من حيث المفهوم - بين حجية الأمر المقضي "Autorité De La Chose Jugée"، وبين قوة الأمر المقضي "Force De La Chose Jugée"؛ فحجية الأمر المقضي معناها إصباغ الحكم بالحماية والاحترام فيما بين أطراف الخصومة وبالنسبة إلى ذات الحق محلا وسببا، فيكون الحكم حجة في هذه الحدود على نحو لا يقبل الدحض إلا بطريق من طرق الطعن في الحكم سواء كانت عادية؛ كالمعارضة

1 - التحيوي، محمود: نظام القضاء المدني، مرجع سابق، ص 49.

2 الصاوي، أحمد: الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 359.

3 - قرار المجلس الأعلى رقم 35351، الصادر بتاريخ: 1984/12/13، المجلة القضائية، 1989، ع 04، ص 95.

4 - التحيوي، محمود: نظام القضاء المدني، مرجع سابق، ص 49 و 50. الصاوي، أحمد: الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، ص

والاستئناف، أو كانت غير عادية بالنقض والتماس إعادة النظر، ويكون ذلك في الأحكام القطعية سواء كانت نهائية أم ابتدائية، حضورية أم غيابية. أما قوة الأمر المقضي فهي مرتبة يصل إليها الحكم إذا أصبح نهائياً غير قابل لا للمعارضة ولا للاستئناف، وإن ظل قابلاً للطعن فيه بالطريق غير الاعتيادي، فهو حكم انضفت إلى حجته قوة الأمر المقضي به، واستقر له ذلك على نحو غير قابل للزوال، إذا لم يبلغ بالطريق غير العادي¹.

- شروط الدفع والتمسك بالحججة القضائية:

أ- الشرائط المرتبطة بالحكم الصادر:²

- يشترط في حيازة الحكم للحججة القضائية أن يكون صادراً عن محكمة مختصة بموجب سلطتها القضائية لا الولائية.

- أن يكون الحكم قطعياً "Jugement Définitif"، والمقصود بقطعيته: كل حكم يحسم موضوع النزاع في جملته أو في جزء من مسألة متفرعة عنه³؛ كالحكم بإجابة طلبات المدعية في طلب الطلاق، أو الحضانة، أو رفضها، أو الحكم في تكييف عقد الزواج، والحكم بإثبات عقد الهبة أو الوصية بطريق معين أو عدم ثبوته وغيرها. بخلاف الأحكام غير القطعية والتي لا تفصل في النزاع ولا تحسم في الخصومة بوجه قاطع، وإنما تتعلق بتنظيم إجراءات سيرها، أو بطلب وقتي؛ كالحكم بنفقة غذائية⁴، أو تسليم محضون، أو ممارسة

1 - السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، مصر د.ط، 1968، ج 2، ص 632.

2 - الصاوي، أحمد: الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 370 وما بعدها. السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج 2، ص 648. التحوي، محمود: نظام القضاء المدني، مرجع سابق، ص 52 وما بعدها. أبو البصل، عبد الناصر: نظرية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص 449.

3 - جاء في قرار المجلس الأعلى رقم 35351: "من المقرر قانوناً أن الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من حقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة، ومن ثم فإن الفصل في الدعوى بموجب حكم يقضي بتعيين خبير، يعد حكماً تحضيرياً، ولما كان كذلك فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة هذا المبدأ، غير مؤسس ويستوجب الرفض، وإذا كان من الثابت - في قضية الحال - أن الحكم الصادر في الدعوى كان قد قضى بتعيين موثق كخبير للقيام بإجراء حصر مختلف المالك وإعداد فريضة وتحرير مشروع قسمة، فإن هذا الحكم يعتبر حكماً تحضيرياً وهو بذلك لا يجوز حججة الشيء المقضي به خلافاً لمزاعم الطاعن، ومتى التزم قضاة الموضوع بتطبيق هذا المبدأ، فإنهم بقضائهم هذا، برروا قرارهم تبريراً كافياً"، وينظر أيضاً: قرار المجلس الأعلى رقم 42107، الصادر بتاريخ: 1988/02/24، المجلة القضائية، 1990، ع 03، ص 13.

4 - الاجتهاد القضائي مستقر على أن الأحكام القضائية الصادرة بشأن النفقة الغذائية لا تحوز حججة الشيء المقضي فيه، لأن القانون يجيز للقاضي مراجعة قدر النفقة بعد مضي سنة تبعاً للمستجدات التي تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة، وقد جاء في القرار رقم 136604: "من المقرر قانوناً أنه يجوز للقاضي مراجعة النفقة بعد مضي سنة من الحكم. ولا يجوز الطعن بحججة الشيء المقضي فيه في النفقة تبعاً للمستجدات التي تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة. ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون ليس في محله. ولما كان ثابتاً - في قضية الحال - أن الطاعنة رفعت دعوى في سنة 1993 تطلب فيها تعديل حكم: 1988/09/27 و مراجعة مبالغ النفقة التي أصبحت لا تكفي حاجات أولادها بما فيها مصاريف المعيشة و المدرسة وأجرة السكن. فإن القضاة بقضائهم بتعديل النفقة طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن". ينظر:

حق الزيارة، أو توفير مسكن ملائم للحضانة وغيرها¹. فهي لا تحوز الحجية القضائية في مجموع الدعوى الموضوعية، وإن كانت - في المعنى الفني الدقيق لبعضها - حائزة للحجية النسبية في الدعوى الوقتية المحكومة بها².

- أن يكون الدفع بالحجية منصبا على منطوق الحكم لا على أسبابه أو وقائعه لأنه الجزء المتضمن للحق المحكوم به، وهو مضمون الحماية القضائية، وهو ما كرسه الاجتهاد القضائي في العديد من قراراته؛ لا سيما القرار رقم 110173 الصادر بتاريخ 1994/11/15³. غير أنه - واستثناء من هذا الأصل - فإنه قد تكون باقي العناصر (الأسباب والوقائع) موضوع هاته الحجية في بعض أجزائها، إذا كان ارتباطها بالحق المتضمن بالمنطوق ارتباطا موثوقا يجعل منهما وحدة غير قابلة للتجزؤ.

- الشرائط الواجب توافرها في الحق المحكوم به:

تنص المادة 338 من القانون المدني الجزائري على أنه: "لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفتهم، وتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب، ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا". ومفاد هذا السند القانوني أن الحجية القضائية ليست في الأصل من النظام العام؛ إذ ليست هي قرينة تلقائية تأخذ بها المحكمة على نحو آلي⁴، بل إن مناط الطلب فيها متوقف على مراد الأطراف، وطلبات الخصوم، فهي حجية نسبية في حدود أشخاص الدعوى وموضوعها

- قرار المحكمة العليا رقم: 136604، الصادر بتاريخ 1996/04/23، المجلة القضائية، 1997، ع 2، ص 89.

1 - جاء في قرار المحكمة العليا رقم 105366: "حيث أنه بالرجوع إلى القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ: 1991/30/72 في الغرفة الإستعجالية فإن قضاة المجلس لم يمسوا موضوع النزاع إطلاقا و اتخذوا إجراءات تحفظية نظرا لكون قاضي الأحوال الشخصية لم يفصل في دعوى الطلاق فأمروا بأنه من حق المستأنف عليها البقاء بالمحل الزوجي. حيث أن مثل هذا الأمر الصادر عن الغرفة الإستعجالية أمر مؤقت و أن مثل هذه الأمور لا تقيد قاضي الموضوع إطلاقا حيث أن حجية الشيء المقضي به تكون بالنسبة للأحكام التي فصلت بصفة نهائية في النزاع المطروح بين الأطراف". يراجع:

- قرار المحكمة العليا رقم: 105366، الصادر بتاريخ 1993/04/27، المجلة القضائية، 1994، ع 2، ص 88.

2 - يستثني الاجتهاد القضائي الأحكام الصادرة في مسائل الحالة من إمكانية حيازة حجية الشيء المقضي فيه؛ كما هو الحال في إثبات النسب والتنازل عن الحضانة وغيرها... تراجع القرارات: - قرار المحكمة العليا رقم: 172333، الصادر بتاريخ 1997/10/28، المجلة القضائية، 1997، ع 1، ص 42. قرار المحكمة العليا رقم: 235456، الصادر بتاريخ 2000/02/22، المجلة القضائية، 2001، ع 1، ص 280.

3 - جاء في حثيته: "لكن وحيث أن المعتبر في قوة الشيء المقضي به هو المنطوق وما قضي به وبالرجوع إلى القرار التمهيدي ليوم: 1991/01/72 يتبين و أن منطوقه لم يفصل في أي حق من الحقوق لإمكانية الاحتجاج بقوة الشيء المقضي به لكونه و بعد إلغاء الحكم المستأنف قضى بتعيين خبيرين تمهيدا للفصل في موضوع النزاع فلا يمكن والحالة هذه استخلاص القول بأن القرار التمهيدي قد فصل نهائيا في مسألة القسمة المزعومة لعام 7391، ما دام منطوقه لم يصرح بشيء من ذلك و يرد الوجه الأول". ينظر: قرار المحكمة العليا رقم: 11073، الصادر بتاريخ 1994/11/15، المجلة القضائية، 1994، ع 3، ص 84.

4 - قرار المجلس الأعلى رقم 34931، الصادر بتاريخ: 1985/10/30، المجلة القضائية، 1989، ع 4، ص 68. قرار المجلس الأعلى رقم 46468، الصادر بتاريخ: 1988/11/09، المجلة القضائية، 1993، ع 04، ص 11.

محلا وسببا¹، ولذلك يشترط لقيام هاته الحجية غير المطلقة:²

1- اتحاد الخصوم "Identité De Personnes": فلا يكون للحكم حجية إلا على الخصوم أنفسهم، لأن الحكم حجة نسبية قاصرة على أطرافها، والمراد بوحدة الخصوم هو الوحدة القانونية لا الطبيعية، فإذا كان لأحد الأطراف نائب شرعي مثله في دعوى ولاية أو وصاية، فالحكم حجة على الأصيل لا على القائم بالنيابة، والذي لا تمنعه هاته الحجية من مباشرة الدعوى ذاتها سببا ومحلا باعتباره أصيلا لا نائبا، وهذا الاعتبار القانوني يجعل هذه الحجية غير قاصرة على الخصوم وحدهم، بل ويشملها أيضا خلفهم من عقبهم³.

2- اتحاد المحل "Identité D'objet": فلا تكون للحكم حجية الأمر المقضي به إلا بالنسبة إلى المحل عينه الذي سبق قبلا طلبه في الدعوى التي صدر فيها الحكم، وعلى ذلك تكون المطالبة بالتعويض عن الطلاق التعسفي مرتين في دعويين مستقلتين غير سائغة، ما دام قد صدر بشأن ذلك حكم قطعي فاصل في الموضوع بهذا الخصوص، كما لا يجوز مناقشة صحة عقد الزواج عرفي صدر بشأنه حكم قطعي حاسم في المسألة جزم بصحته استنادا إلى توافر أركانه وثبوت شروطه، ولا يجوز أيضا تجديد الحكم بمنح حق تقرير مسكن لممارسة الحضانة أو استبداله...⁴

- اتحاد السبب "Identité De Cause": السبب هو المصدر القانوني المتأني منه الحق المدعى به، والذي حصل به الحكم في دعوى سابقة، فلا يجوز في حال وحدته تكرار المطالبة بذات المنفعة القانونية المدعاة قبلا، أو إثبات واقعة صدر حكم سابق بإثباتها، أو عدمه استنادا إلى ذات السبب والحجة. أما إذا كان المستند في الدعوى جديد فإنه يمكن التمسك أو الدفع بحجية الشيء المقضي فيه لاختلاف السبب في الدعويين؛ كمن يطالب بتسليم عين مدعاة بسبب ميراث رغم صدور حكم قضائي برفض دعواه في استحقاق هاته العين بالوصية وهكذا⁵.

الفرع الرابع: الرقابة على التنزيل الصحيح وتوحيد الاجتهاد القضائي

إذا كان قاضي شؤون الأسرة يتمتع بسلطة تقديرية واسعة وفعالة في فهم الواقع، وتنزيل الأحكام، وتطبيق القانون على ما ينظر من وقائع الدعاوي، وفق تقدير موضوعي عام، وآخر شخصي خاص، فإن

1 - قرار المجلس الأعلى رقم 32677، الصادر بتاريخ: 1985/01/09، المجلة القضائية، 1989، ع 04، ص 16.

2 - السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج 2، ص 675 وما بعدها. أبو البصل، عبد الناصر: نظرية الحكم القضائي، مرجع سابق، ص 450 و451.

3 - قرار المحكمة العليا رقم: 174416، الصادر بتاريخ 1999/02/03، المجلة القضائية، 1999، ع 1، ص 97.

4 - قرار المجلس الأعلى رقم 34849، الصادر بتاريخ: 1984/12/31، المجلة القضائية، 1989، ع 04، ص 111.

5 - السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج 2، ص 697.

هذه السلطة ليست مفتوحة ولا حرة بإطلاق؛ إذ تضطلع المحكمة العليا - باعتبارها الهيئة المقومة للأعمال القضائية- بمهمة رقابة التطبيق السليم للقانون من طرف المجالس والمحاكم التي تتبعها، فهي تضمن توحيد الاجتهاد القضائي الممارس على مستوى الهياكل القضائية الأدنى، وتسهر على احترام إرادة المشرع المسطرة بالقانون، وذلك من خلال بحث ضمان التفسير والتطبيق الصحيحين للقواعد القانونية، سواء أكانت موضوعية أم إجرائية، غير أن رقابتها لا تتوقف عند هذا الحد، بل تتعدى ذلك لتشمل أيضا تقدير القاضي لمسائل الواقع، التي وإن كانت تفترض فيها الصحة في الثبوت، غير أنها معنية بفهم طريقة تكوينه لحكمه من هاته الوقائع، وكيفية ابتناؤه لاقتناعه منها. حتى تتاح للمحكمة العليا هاته الرقابة، فإن القاضي ملزم بإثبات سلامة تقديره للواقع، ومهمة تطبيقه للقانون من خلال ضوابط محددة قانونا. وذلك ما يتجلى في الأوجه والحالات القانونية للطعن بالنقض¹. والتي يمكن إجمالها في ميدانين جامعين هما مدى **مطابقة القانون، وتسبب الأحكام**²؛ فالأول يضمن صحة تطبيق وتنزيل الأحكام القانونية على محالها من النوازل المعروضة أمام القضاء. بينما يتأكد بالمبدأ الثاني الفهم السائغ، والتفسير الصحيح للوقائع المتضمنة بتلك النوازل، وبالتالي صلاحيتها لإعمال الحكم القانوني المختار من طرف القاضي عليها.

¹ - الصاوي، أحمد: الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 1079 وما بعدها. نبيل، عمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 501 وما بعدها.

² - تنص المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: "لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد وأكثر من الأوجه الآتية:

- 1- مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات.
- 2- إغفال الأشكال الجوهرية في الإجراءات.
- 3- عدم الاختصاص.
- 4- تجاوز السلطة.
- 5- مخالفة القانون الداخلي.
- 6- مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة.
- 7- مخالفة الاتفاقيات الدولية.
- 8- انعدام الأساس القانوني.
- 9- انعدام التسبيب.
- 10 - قصور التسبيب.
- 11- تناقض التسبيب.
- 12- تحريف المضمون الواضح والبين لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار.
- 13- تناقض أحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة.
- 14- تناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي.
- 15- وجود مقتضيات متناقضة في ضمن منطوق الحكم أو القرار.
- 16 - الحكم بما لم يطلب أو بأكثر ما طلب.
- 17- السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية.
- 18- إذا لم يدافع عن ناقص الأهلية".

ومنه نتولى في هذا الفرع بسط القول في هذين المبدئين، لنجلي اللثام عن نطاق الرقابة القانونية التي تمارسها المحكمة العليا على صلاحيات قاضي شؤون الأسرة، في أدائه لولايته القضائية من جهة، ونبحث في الوجه المقابل مدى قيام المحكمة العليا بدورها التقويمي للأحكام وتوحيد الاجتهاد القضائي، من خلال النقاط التالية:

أولاً- الرقابة على التنزيل الصحيح للأحكام القضائية:

نتولى في هذا البند بحث الوجهين الجامعين اللذين يسوغ للمحكمة العليا التدخل بشأتهما لتصحيح وتصويب الأعمال التنزيلية، الحاصلة من طرف قضاة المحاكم والمجالس القضائية في نظرهم للمسائل الأسرية من خلال:

1- عيوب التسبيب:

تبنى الصياغة الفنية للحكم على ثلاثة أجزاء رئيسية هي: الوقائع والتسبيب والمنطوق. وتمثل الوقائع الصدر الأول الذي يعنى باشتمال أسماء وألقاب الخصوم، وموطنهم، وأسماء ممثلهم، وما تقدموا به من طلبات وادعاءات، وخلاصة ما تحتاجوا به من أدلة ومستندات ووسائل دفاع قانونية وواقعية. بينما يتضمن المنطوق النص الذي حكمت به الهيئة القضائية في الخصومة المعروضة عليها. وحتى يسلم القاضي من مظنة التحكم والاستبداد، فلا بد عليه من ربط حله المختار بمسبباته التي كونت لديه الاقتناع الشخصي بتنزيل الحكم القانوني على الواقعة المخصوصة بالنظر، وهذا ما سمي بالتسبيب. وحتى يقوم الاستدلال القضائي في الحكم على أسس متينة، ناط القانون التسبيب بجملة من الضوابط الموضوعية، التي إذا أخلّ بها القاضي فإنه يقع في عيب من عيوب التسبيب التي يمكن أن تعود على الحكم بالإبطال. ومنه فسنستولى بالدراسة لهاته العيوب في النقاط التالية:

أ- انعدام التسبيب:

المقصود به خلو الحكم من الأسباب التي تبرر النتيجة التي انتهى إليها، بغض النظر عن صحتها من عدمها، وهو عيب شكلي جوهري، يفقد الحكم مقوماته ويطله؛ إذ لا محل لبحت مضمونه، وقيمه الموضوعية، بسبب عدم قدرة المحكمة العليا على ممارسة ولايتها الرقابية في سلامة التطبيق القانوني من طرف القاضي¹.

¹ - صقر، نبيل: الوسيط في شرح قانون لإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 267. المصراوي، يوسف: تسبيب الأحكام في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأردن، 2002، ص 134.

وعليه، يمكن أن يأخذ عيب انعدام الأسباب شكله الكلي، وقد يكون جزئياً مخصوصاً بطلب ما، أو دفع معين من طلبات ودفع الدعوى¹.

-الغياب الكلي للأسباب:

ويتحقق هذا الفرض - على ندرته - بانعدام التسبب كلية في الحكم، سيما وأن أغلب الأنظمة التشريعية تخلو من أسس جدية لتحديد النطاق الموجب للالتزام بالتسبب في الأعمال القضائية المختلفة. مما يجعل القاضي في حيرة من أمره في تقدير الوقائع التي يتوجب فيها أعمال هذا الالتزام القانوني من عدمه².

وقد يوقعه ذلك في مطبة افتراض الأسباب، وتخمين الوقائع، ونسج الأحكام عليها، مما ينزع عن الأحكام حجتها وقطعيتها، ويكسيها ثوب الاحتمال والظن³.
ويأخذ حكم الانعدام الكلي للسبب - إضافة للحالة الأصلية السالفة - إحدى الصورتين التاليتين:

1- تناقض الأسباب:

إذ يؤدي تناقض مكونات التسبب، وتعارض مقوماته إلى هدم الإطار الكلي الحامل للأسباب التي تخدم بعضها، بعضها وتتهاتر، ويتماحى وجودها على نحو كلي؛ بحيث لا يبقى منه ما يمكن أن يحمل عليه الحل المتخذ بشأن المنازعة المطروحة⁴.

وتأسيساً على ذلك نعت المحكمة العليا على قرار مجلس قضاء قسنطينة لتضمنه تناقضاً في الأسباب، من جهة ذكره في بعض أسبابه "أن محكمة شلغوم العيد لم تفصل في طلب إلزام الزوج الخاص بفسخ عقد الزواج بدعوى الإكراه المعنوي فيه وتشير من جهة أخرى في سبب آخر بأن العلاقة الزوجية صحيحة لعدم ثبوت الإكراه"⁵.

1 - نصيرات، وائل محمد: اثر مخالفة ضوابط تسبب الأحكام الجزائية، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات القانون العليا جامعة عمان، الأردن، 2007، ص 09.

2 - المصراوي، يوسف: تسبب الأحكام في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، مرجع سابق، ص 139.

3 - من مؤكدات اعتماد المحكمة للأسباب الظنية استعمالها في الحكم عبارة "من الممكن"، "من المحتمل"، أو "بعيد الاحتمال" يظهر، "يبدو"، "ربما"، "ليس مستبعداً"، ينظر: صقر، نبيل: الوسيط في شرح قانون لإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 268.

4 - صقر، نبيل: الوسيط في شرح قانون لإجراءات المدنية والإدارية، مرجع نفسه، ص 268.

5 - قرار المحكمة العليا رقم 79858، الصادر بتاريخ: 1991/11/26، المجلة القضائية، 1993، ع 03، ص 86.

2- تناقض التسبب مع المنطوق:

يعد المنطوق لب الحكم، وجوهره المفصح عن الحل المقضي به في الدعوى. ولذلك يتوجب على القاضي في صياغة المنطوق تسببه، وربط الحلول المتضمنة بمسبباتها على نحو منطقي وممنهج، وإلا كان الحكم معيباً، سيما إذا حصل تناقض، أو تضاد بينه وبين الأسباب الواقعية المستند إليها؛ إذ من شأن ذلك أن يعدم هذه الأسباب كلية، كما هو رأي غالب الفقه القانوني¹.

وهذا ما قرره المحكمة العليا في قرارها رقم 56268 بأنه " متى كان من المقرر قانون أنه إذا وجد تناقض بين حيثيات القرار ومنطوقه، فإن هذا القرار يكون مشوباً بانعدام التسبب والتناقض، ولما كان ثابتاً - في قضية الحال - أن القرار المطعون فيه يشير في حيثياته إلى تاريخ سريان النفقة ورفعها بالنسبة للبتين وللأم، وفي منطوقه يصرح بالمصادقة على الحكم المتسأنف برفع مبلغ التعويض فقط، وعليه فإن هذا القرار يكون مشوباً بالتناقض"².

ومن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ أيضاً نعي المحكمة العليا على القرار رقم 81376 لتناقض أسبابه مع منطوقه؛ فهو من جهة يذكر في أسبابه أن الموهوب له قد حاز العقار الموهوب، بينما نجدده يصرح في منطوقه بإلزام المستأنف عليه رسم الحدود للنصف الآيل للموهوب له، مما يستوجب نقضه³.

-الانعدام الجزئي للتسبب:

ويحصل ذلك في حال عدم الإجابة على بعض طلبات ودفع الأطراف الأصلية، فالسهو في الرد عليها يعني إغفال الفصل فيها، وهو ما يؤدي إلى إهدار التسبب فيما يقضي به القاضي بخصوص هذه الطلبات والدفع الجوهرية. فيصبح الحكم لذلك معيباً بالانعدام الجزئي للتسبب⁴. ولذلك تنص المادة 554 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يجب أن يتم الرد فيه على كل الطلبات والأوجه المثارة"، بالنسبة للقرارات الصادرة عن المجالس القضائية، وإلى مثله أشارت المادة 277 فيما يخص الأحكام الصادرة عن المحاكم، والتي جاء فيها: " يجب أن يرد على كل الطلبات والأوجه المثارة". ومن صورته التطبيقية ما قضى به المجلس الأعلى في قراره رقم 44852، والذي جاء فيه: "لما كان ثابتاً - من قضية الحال - أن

¹ - المصراوي، يوسف: تسبب الأحكام في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، مرجع سابق، ص 147.

² - قرار المحكمة العليا رقم: 56268. الصادر بتاريخ: 1989/12/25، المجلة القضائية، 1991 ع 03، ص 58.

³ - قرار المحكمة العليا رقم: 81376، الصادر بتاريخ: 1992/02/18، المجلة القضائية، 1993 ع 01، ص 70.

⁴ - الصاوي، أحمد: الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 855 و 856. بربارة، عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات البغدادي، الجزائر، ط 2، 2009، ص 270. القاضي، محمود: العيوب التي ترد على تسبب الأحكام، مجلة القضاء، العراق، ع 2، كانون الثاني 1944، ص 16.

المجلس القضائي عندما لم يجب على الطلبات المقدمة من طرف الطاعنة فيما يخص توابع العصمة، بالإضافة إلى عدم بيان الأساس القانوني المعتمد عليه فيما يخص تخفيض المبلغ، يكون بقضائه كما فعل قد خالف القانون¹، وكذا ما قرره المحكمة العليا في نقضها لقرار مجلس تيزي وزو، والذي جاء فيه أن: "قضاة المجلس لما أيدوا حكم المحكمة القاضي بسقوط حق المدعيتين في الميراث بالتقدم، طبقاً للقانون الجديد أي المادة 829 من القانون المدني، ولم يردوا على طلبات الطاعنتين فيما يخص تحرير الفريضة، والقانون المطبق، والدفع الخاص بالقصر، ومدة سريان حساب التقدم، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون طبقاً لأحكام المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية، وعرضوا قرارهم للنقض في التعليل والتسبيب"².

ب- القصور في التسبيب³:

يعد هذا العيب - بخلاف سابقه - عيباً موضوعياً في الحكم. ولا تتأتى مناقشته إلا إذا كان الحكم صحيحاً من حيث الشكل بافتراض سلامته من عيب انعدام التسبيب ابتداءً، ليتعين - بعدها - على القاضي أن يراعي في هذا التسبيب الكفاية لحمل منطوق الحكم، وتبرير الرأي المتضمن به على نحو واف تتحقق به للمحكمة العليا القدرة على مراقبته من حيث صحة مطابقته للقانون⁴. وتتحقق هذه الكفاية بذكر الوقائع القانونية المنتجة في الدعوى، وطلبات أطرافها ودفعوهم، والأدلة والإثباتات التي تأسست عليها تلك الوقائع بطريقة واضحة، ومسفرة عن وجه دلالة الإثبات على المنطوق، وإلا كان الحكم معيباً بالقصور في التسبيب⁵.

وعليه، فالأحوال التي يمكن أن يعيب الحكم بالقصور في الأسباب هي فوق كل حصر، غير أنه يمكن إجمال أهمها في النقاط التالية:⁶

- 1 - قرار المجلس الأعلى رقم: 44852، الصادر بتاريخ: 1987/04/06، المحكمة القضائية: 1991 ع 04، ص 91.
- 2 - قرار المحكمة العليا رقم: 185202، الصادر بتاريخ: 1998/03/07، المحكمة القضائية: 1999 ع 01، ص 115.
- 3 - تجدر الملاحظة إلى أن المحكمة العليا تعتمد هذا الاصطلاح على نحو واسع وغير دقيق؛ إذ تشير به إلى كل أنواع العيوب التي ترد على التسبيب سواء أكانت ناجمة عن انعدام كلي أم جزئي للأسباب، أم كانت بسبب قصورها، وعدم كفايتها أو عدم منطقيتها؟ رغم ما بينها هاته الأنواع من فروق جوهرية تبعد في معناها ومحتواها عن الاستعمال المعتمد من طرف الهيئة العليا للتدقيق والمطابقة القانونية.
- 4 - الصاوي، أحمد: الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 851 و 852. المصراوي، يوسف: تسبيب الأحكام في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، مرجع سابق، ص 158 و 159.
- 5 - أبو الوفا، أحمد: تسبيب الأحكام، مرجع سابق، ص 03 وما بعدها. المصراوي، يوسف: تسبيب الأحكام في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، مرجع سابق، ص 182، النحيوي، محمود: النظام القانوني لأوامر وأحكام القضاء وطرق الطعن فيها، دار النهضة، مصر، 2000، ص 126 وما بعدها.
- 6 - الصاوي، أحمد: الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 840. صقر، نبيل: الوسيط في شرح قانون إجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 266 و 267.

- أ- عدم التدليل على مستند الإقناع القضائي.
 ب- إجمال الأسباب وعموميتها، على نحو يحول دون درك كنهها، أو فهم ماهيتها.
 ج- تأسيس الحكم على واقعة، غير منتجة في الدعوى.
 د- غموض الأسباب وإبهامها.
 هـ- الاكتفاء بذكر النص القانوني دون تحديد الوقائع تحديدا كافيا يبرر هذا الذكر، وهو ما يسمى في الفقه بالقبعة التي تزين الحكم¹.

وتأسيسا على ذلك قضى المجلس الأعلى نقض القرار الذي "لا تكون أسبابه كافية لمواجهة ما قدم من أدلة في الدعوى ومما أبدي من طلبات ودفوع أطرافها، فإن هذا القرار يكون مشوبا بالقصور في التسبب وعدم التعليل الكافي"²، وتطبيقا لذلك قضى المجلس الأعلى نقض القرار الذي استجاب فيه القضاة لطلب الزوجة بتطليقها من زوجها، بناء على إصرارها وتصميمها على ذلك، دون أن يبرروا بالبيانات أو الوقائع ما يمكن أن يجعل الحياة الزوجية مستحيلة، أو غير محتملة³.

كما قضت المحكمة العليا بنقض قرار مجلس قضاء الشلف بشأن المتاع الزوجي، الذي لم يكلف قضاة أنفسهم جهدا في إصداره، بل اكتفوا في حشياته بذكر أقوال الطاعن دون تحليلها، والإجابة عليها وإعطائها الصفة القانونية للإقناع بها، وهو ما يعد القرار غير مسبب بما فيه الكفاية ويعرضه للنقض⁴.

ولما كان القاضي ملزما بتسبب القرارات التي يتخذها من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب الخصوم، فقد قرر المجلس الأعلى أن: "كل قرار يصادق على تقرير خبير دون بيان تعليله، وبيان الأسباب التي أدت به إلى المصادقة عليه، يعد ناقصا كما أن كل قرار يحكم في القسمة، دون بيان مزايا كل نصيب من الأنصبة الموزعة على الأفراد، يعد تقصيرا يمنع في معرفة مدى عدالة القسمة"⁵.

ويعد كذلك من أوجه هذا العيب القصور عن ذكر البيانات اللازمة للواقعة ولذلك نقض المجلس الأعلى للقضاء القرار المتعلق بالنزاع على متاع البيت، الذي خلا من تحديد مكان أداء اليمين، وصيغتها والأشياء المؤداة عليها، لأنه "عند عدم التحديد فإنه من المتعذر مراقبة تطبيق القانون من طرف المجلس الأعلى"⁶. كما نقض المجلس الأعلى القرار رقم 47453 بسبب قصور قضاة عن بيان "ما إذا كان المنزل - محل

¹ - صقر، نبيل: الوسيط في شرح قانون لإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 265.

² - قرار المجلس الأعلى رقم: 47071 الصادر بتاريخ: 1988/09/26، المجلة القضائية 1992. ع 1، ص 33.

³ - قرار المجلس الأعلى رقم: 34767 الصادر بتاريخ: 1984/12/17، المجلة القضائية 1990، ع 1، ص 12.

⁴ - قرار المحكمة العليا رقم: 58797 الصادر بتاريخ: 1990/03/19، المجلة القضائية 1993، ع 1، ص 52.

⁵ - قرار المجلس الأعلى رقم: 41071 (سبق ذكره).

⁶ - قرار المجلس الأعلى رقم: 41752 الصادر بتاريخ: 1986/10/06، المجلة القضائية 1989، ع 2، ص 91.

النزاع الزوجي - مؤجراً أم لا؟ وما إذا كان المنزل باسم الطاعن أم لا؟ وما دام القضاة لم يبينوا ذلك، فإنهم قصروا في التسبب، لذلك فإن منحهم المنزل الزوجي بدون أن يبينوا أنهم طبقوا أحكام المادة 476 من القانون المدني ... فإن قرارهم كان مخالفاً لأحكام المادة المذكورة، وتعين نقض القرار فيما يخص المنزل الزوجي، بالإضافة إلى أنهم لم يبينوا عنوان المنزل، ولذلك فهذا الوجه وجيه، وتعين نقض القرار جزئياً فيما يخص الأمتعة والمنزل¹.

ج- عدم منطوية الأسباب:

من المستقر عليه في الاجتهاد القضائي أن لقضاة الموضوع كامل الحرية، وتام السلطة في فهم الوقائع، وتكوين الاقتناع منها بالاستدلال والترجيح، فيكون لها أن تعتمد على شاهد ما وترد الآخر، أو تعتمد تقرير خبير دون آخر². غير أن مقتضيات السير الحسن للعدالة أعطت المحكمة العليا حق بسط رقابتها على سلامة التكييف الذي يحصل به هذا الاقتناع، وفيما إذ كانت مقدماته مؤسسة على تفكير منطقي سليم، مفض إلى منطوق سليم أم لا؟

ومنه فالمقصود بتناقض مقتضيات التسبب هو عدم نھوض الأسباب بعبء التبرير المنطقي للنتائج التي انتهى إليها الحكم القضائي، بسبب التناقض العقلي الذي يفصم المقدمات عن الحلول، فلا تكون النتائج بالتالي متفقة لا مع مبادئ العقل، ولا قواعد المنطق، مما يعني أن تنزيل الحكم النهائي قد أخطأ الواقعة المناسبة، وهذا ما يدعوه بعض الفقه بالاستخلاص غير السائغ، أو فساد الاستدلال³.
وممكن العيب هذا لا يأتي من عرض الوقائع، ولا من انعدام الأسباب أو القصور في التسبب، فقد يستوفي الحكم العرض الكامل للوقائع، ويستكمل شرائطه الشكلية والموضوعية في التسبب، غير أن عدم منطوية الأقيسة والاستدلالات الموظفة في ابتناء النتائج من مقدماتها هو ما يجعل الحكم معيباً بالفساد والتناقض وعدم الاستساعة⁴.

ولهذا العيب ثلاث صور هي:⁵

أ- الفهم الخاطئ للوقائع.

1 - قرار المجلس الأعلى رقم: 47653 الصادر بتاريخ: 1988/01/04، المجلة القضائية 1991، ع 3، ص 45.

2 - أبو الوفا، أحمد: تسبب الأحكام، مرجع سابق، ص 27. القاضي، محمود: العيوب التي ترد على تسبب الأحكام، مرجع سابق، ص 17. سالم، أحمد: تسبب الأحكام ورقابة محكمة النقض، مرجع سابق، ص 172.

3- صقر، نبيل: الوسيط في شرح قانون لإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 269، القاضي، محمود: العيوب التي ترد على تسبب الأحكام، مرجع سابق، ص 19. نصيرات، وائل محمد: أثر مخالفة ضوابط تسبب الأحكام الجزائية، مرجع سابق، ص 132.

4 - صقر، نبيل: الوسيط في شرح قانون لإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 270.

5 - المصراوي، يوسف: تسبب الأحكام في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، مرجع سابق، ص 216.

- ب- الاستخلاص غير السائغ للنتيجة.
ج- الخطأ في اختيار القاعدة القانونية.

2- مخالفة القانون:

أسقط المشرع الجزائري في تعديله لقانون الإجراءات المدنية 08-09 بند الخطأ في تطبيق القانون كوجه من أوجه الطعن بالنقض المنصوص بالمادة 233 من القانون القديم، وحسنا فعل؛ إذ في بند مخالفة القانون الوارد بالمادة 358 من القانون الجديد كفاية العُنية وزيادة، بل هو أصل كل وجوه الطعن الأخرى وسببها الأوحد¹.

والمعنى المقصود بالقانون الذي تؤدي مخالفته إلى نقض الحكم هو القانون في صيغته الواسعة، فيدخل في هذا النصوص التشريعية الداخلية الواردة بالقوانين الرسمية والمراسيم التنظيمية واللوائح، وألحق المشرع بذلك القوانين الأجنبية المتعلقة بقانون الأسرة والاتفاقيات الدولية. وعليه فسنعتمد في بحث هذا الموضوع النهج المختار من المشرع وفق التالي:

أ- مخالفة القانون الداخلي:

تتحقق هذه المخالفة بإغفال القاضي قاعدة قانونية صريحة واجبة التطبيق على النزاع المعروض، أو إعماله لقاعدة قانونية ملغاة².

يشتمل المعنى العام لمخالفة القانون على صور ثلاث هي:

- عدم إعمال نص واجب التطبيق، وهو المعنى الخاص لمخالفة القانون.
- إجراء نص على واقعة غير منطبقة عليه، وهو معنى الخطأ في تطبيق القانون.
- الخطأ في تفسير القانون.

ويجتمع في كل هذه الأحوال تنزل القواعد القانونية على أحوال واقعية غير معنية بحكمها، مما يتسبب في الشدة والمشقة وإهدار المصلحة المقصودة من طرف المشرع، ولبسط ذلك أكثر، نتولى هنا دراستها تباعا فيما يلي من محاور:

- عدم إعمال نص واجب التطبيق:

1 - الصاوي، أحمد: الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 1065. صقر، نبيل: الوسيط في شرح قانون إجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 361 وما بعدها.

2 - الصاوي، أحمد: الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 1068.

وتحدث هذه المخالفة إذا أغفل القاضي تنزيل قاعدة قانونية صريحة التطبيق على النزاع المعروض عليه، أو إعماله لقاعدة قانونية ملغاة¹. ومن التطبيقات القضائية لهذا العيب، ما نعاه المجلس الأعلى على القضاة في قراره رقم 54727 عدم إعمالهم لنص المادة 192 من قانون الأسرة والتي تجيز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها، وحيث أنه ثبت من قضية الحال أن الهالك أمر ابن عمه -في وكالة رسمية- ببيع كل أملاكه العقارية -موضوع الوصية- وهو ما يخالف مضمون الوصية، ويكون الهالك بتلك الوكالة قد تراجع عن هبته جميع ممتلكاته لابن عمه الموصى له، وعليه رأى المجلس نقض وإبطال القرار².

كما نقضت المحكمة العليا قرار مجلس قضاء معسكر لإغفاله مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 181 من قانون الأسرة التي تقضي بأنه: "في حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء"، وهو ما لم يحترم في قضية الحال التي اكتفى فيها القضاة بالإشهاد على وقوع قسمة ودية بين الأطراف، دون أن تراعي الإجراءات القانونية المقررة أو تتأكد من حال الخصوم وأهليتهم³.

- إعمال النص على حالة لا تنطبق عليه:

وينجم عن ذلك وقوع القاضي في خطأ تطبيق القانون على واقع نزاع غير معني بحكمه قانونا⁴، ومن نماذجه القضائية نقض المجلس الأعلى للقرار الذي أجرى المادة 22 من قانون الأسرة على واقعة لا تتوفر فيها فرضياتها وشروطها؛ لكونه أمر بتسجيل زواج لا تتوفر فيه الأركان الشرعية المنصوص عليها قانونا⁵. وكذا نقض المحكمة العليا للقرار رقم 58812 بسبب تطبيقه الخاطيء للمادة 71 من قانون الأسرة، التي تنص على أن حق الحضانة يعود إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري، غير أن هذا القرار أسند الحضانة إلى الأم، رغم إعادة زواجها مرة أخرى باختيارها ورضائها، مما يجعله سببا اختياريا لا تستوجب معه الام حق استعادة الحضانة حتى لو طلقت⁶.

ومن صورته أيضا نعي المجلس الأعلى على القرار الصادر عن مجلس قضاء تبسة، والقاضي بإرجاع الزوجة إلى محل الزوجية، رغم صدور حكم سابق منذ ثلاثة أعوام عن محكمة تبسة، قضى بالطلاق

1 - الصاوي، أحمد: الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 1068.

2 - قرار المجلس الأعلى رقم 54727، الصادر بتاريخ: 1990/01/24، المجلة القضائية، 1991، ع 04، ص 85.

3 - قرار المحكمة العليا رقم 84551، الصادر بتاريخ: 1992/12/22، المجلة القضائية، 1995، ع 01، ص 117.

4 - صقر، نبيل: الوسيط في شرح قانون لإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 370.

5 - قرار المجلس الأعلى رقم 45867، الصادر بتاريخ: 1987/06/01، المجلة القضائية، 1992، ع 04، ص 54.

6 - قرار المحكمة العليا رقم 58812، الصادر بتاريخ: 1990/02/05، المجلة القضائية، 1992، ع 04، ص 58.

الرضائي بين الزوجين¹. كما نعت المحكمة العليا على القرار رقم 54727 خرق القضاة للقانون، من خلال الخطأ في تطبيق المادة 192 من قانون الأسرة التي تجيز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها².

– الخطأ في تفسير القانون:

ويتحقق ذلك حينما يُسيء القائم بالقضاء فهم نص قانوني غامض فيأوله أو يفسره تفسيراً يخرج عنه روح معناه أو الحكمة المبتغاة منه³. وتأسيساً على ذلك قضت المحكمة العليا بنقض القرار رقم 184056 لعيب التفسير الخاطيء الذي وقع فيه قضاة مجلس المسيلة، في تأويلهم لاشتراط الزوجة حضور زوجها للرجوع إلى البيت الزوجي، على أنه ممانعة مفضية إلى النشوز، رغم تصريحها برغبتها في الرجوع، وقد جاء في منطوق قرار المحكمة: "ولما كان من الثابت –في قضية الحال– أن قضاة المجلس لما قضوا يجعل مسؤولية الطلاق على عاتق الزوجة باعتبارها ناشزا، فإنهم أخطأوا في تفسير القانون والشرع، لأن الزوجة لا تعتبر ناشزا، بل اشترطت لرجوعها حضور الزوج إلى بيت أهلها كرد اعتبار لكرامتها، وهو الشرط الذي تنتفي معه حالة النشوز بأغلبية آراء الفقهاء، فإنهم أخطأوا تفسير القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"⁴.

كما نعت المحكمة على القضاة خطأهم في تفسير نص المادة 55 من قانون الأسرة، التي تقضي بأنه: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق، والتعويض للطرف المتضرر"، والتي تأولت الهيئة القضائية حق التعويض فيها على أنه مقصور على من لا يملك حق الطلاق وهو الزوجة دون الزوج، رغم عموم النص وصراحته في اشمال الزوجين معا لذلك، وعليه قررت المحكمة العليا أن: "عدم وجود أي سبب واضح يجعل من الزوجة –مع قضية الحال– تلجأ إلى طلب التطليق بعد نشوزها، فإن ذلك يعد سببا كافيا لاعتبار الزوج متضررا من هذا الطلاق، وعليه فإن قضاة الموضوع قد أخطأوا حين قرروا أن الضرر والتعويض عنه يكون للزوجة وحدها، مما يستوجب نقض القرار"⁵.

وجدير بالذكر هنا أن الاجتهاد التفسيري للمحكمة العليا للقانون، ورقابتها عليه قد يتغير من رأي إلى رأي مغاير، أو حتى إلى نقيضه في بعض الأحوال، كما حصل في مسألة الرضائية في الخلع؛ فقد قضى

1 – قرار المجلس الأعلى رقم 41100، الصادر بتاريخ: 1986/04/21، المجلة القضائية، 1993، ع 04، ص 65.

2 – سلفت الإشارة إليه.

3 – الصاوي، أحمد: الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 1069.

4 – قرار المحكمة العليا رقم 184055، الصادر بتاريخ: 1998/02/17، المجلة القضائية، 1998، ع 02، ص 85.

5 – قرار المحكمة العليا رقم 90947، الصادر بتاريخ: 1993/04/27، المجلة القضائية، 1994، ع 02، ص 71.

القرار رقم 73885 الصادر بتاريخ 1991/04/23 م أن: "المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج، ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع، وخطأ في تطبيق القانون"¹. وعليه فقد نعى القرار التفسير المخالف لقصد المشرع من أحكام المادة 54 من قانون الأسرة في نسختها القديمة. وعلى نقيض ذلك فسرت المحكمة العليا في قرارات أخرى الخلع على أنه وجوبي في حق الزوج، وليس عقدا رضائيا كما هو الحال في القرار رقم 141162، الذي جاء في منطوق مبدئه:² "من المقرر قانونا وشرعا أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء، وليس عقدا رضائيا"³.

ب- مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة:

خصّ المشرع قانون الأسرة وحده بحق المحكمة العليا في بسط رقابتها عليه، إذا كانت القاعدة القانونية المعنية بالتطبيق أجنبية المصدر، وذلك للأهمية الكبرى التي تحظى بها مسائل الأحوال الشخصية في المجتمع الجزائري، كونها مستمدة من أصول دينه، وقواعد النظام العام الذي يحكم تشريعه الأسري. وعليه فإذا خالف القاضي التطبيق الصحيح للقانون الأجنبي في مسائل الزواج والطلاق وتوابعهما، وفق ما هو مقرر بقواعد القانون الدولي الخاص، فإن للمحكمة العليا أن تمارس صلاحية الرقابة القانونية على التطبيق السليم للقانون.

ج- مخالفة الاتفاقيات الدولية:

يُعد هذا الوجه من مستحدثات التعديل الجديد لقانون الإجراءات المدنية، ويجد تبريره في القواعد الدستورية التي تقرر سمو الاتفاقيات الدولية المصادق على باقي التشريعات الداخلية التي يجب أن تتماشى مع قواعد هذه المعاهدات، فقد نصت المادة 132 من الدستور على أن: "المعاهدات التي يصادق عليها

1 - قرار المحكمة العليا رقم 73885، الصادر بتاريخ: 1991/04/23، المجلة القضائية، 1993، ع 02، ص 55. وفي رضائية الخلع، ينظر:

- قرار المجلس الأعلى رقم 33652، الصادر بتاريخ: 1984/06/11، المجلة القضائية، 1989، ع 03، ص 38.

2 - قرار المحكمة العليا رقم 141262، الصادر بتاريخ: 1996/07/30، المجلة القضائية، 1998، ع 01، ص 120. وفي الزامية الزوج بالخلع ينظر:

- قرار المجلس الأعلى رقم 51728، الصادر بتاريخ: 1988/11/21، المجلة القضائية، 1990، ع 03، ص 72. قرار المحكمة العليا رقم 252994، الصادر بتاريخ: 2000/11/21، المجلة القضائية، 2001، ع 01، ص 293.

3 - يمثل هذا التخبط في الاجتهاد بين الرأي ونقيضه من القائمين على غرفة الأحوال الشخصية - سابقا وشؤون الأسرة حاليا - بالمحكمة العليا، مظهرا للإخلال القانوني بالواجب الدستوري المنوط بأعلى هيئة قضائية في رقابتها للتطبيق القانوني، وتوحيد الاجتهاد القضائي، كما سنبين فيما يلي من بنود الرقابة، وتغيير الاجتهاد القضائيين.

رئيس الجمهورية -حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور- تسمو على القانون". وهذا ما يستتبع صيرورة هذه الاتفاقات جزءا من النظام القانوني الداخلي الواجب التطبيق، فإذا عرض للقاضي نزاع بشأن وقائع تجدد أساسها في قواعد معاهدة دولية مصادق عليها، فإنه ملزم بتطبيقها من تلقاء نفسه، وللخصوص حق التذرع بها أمام الجهات القضائية، ولهم حق الطعن في مخالفتها¹.

وتطبيقا لذلك نظرت المحكمة العليا في قرارها رقم 84513 دعوى مخالفة اتفاقية الجزائر وفرنسا الخاصة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقع عليها بالجزائر² في 1988/06/21، والتي طالبت فيها الطاعنة بإعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي القاضي بإعادة ابنتها إليها، بعد انتهاء حق لزيارة لوالدها المقيم بالجزائر، غير أن المحكمة العليا خلصت إلى تأييد قضاة مجلس عنابة في الحكم، برفض طلبات المدعية لعدم التأسيس؛ إذ أن الحكم الأجنبي صدر قبل وجود هذه الاتفاقية، فضلا عن مخالفته لأحكام المادة 05 من الاتفاقية المذكورة، والتي تعطي اختصاص النظر في مسألة الحضانة والزيارة لمقر السكن الزوجي، الكائن بالتراب الوطني وقت رفع الدعوى، وهو ما يجعل القانون الجزائري الواجب التطبيق على القضية، ومنه فالنعي على قضاة المجلس عدم تطبيق المادة 08 من الاتفاقية -سالف الذكر- ليس في محله مما يتعين رفض الطعن³. فهذا القرار وإن لم يتضمن نقضا لحكم مخالف لبند اتفاقية مصادق عليها، غير أنه يؤكد رقابة المحكمة العليا على هذا الوجه من الطعن بالنقض، سيما مع افتراضها قيام هاته المصادقة، وابتنائها الحكم على ذلك⁴.

ثانيا -توحيد الاجتهاد القضائي وآلية تغييره:

تتولى المحكمة العليا -بما لها من صلاحية دستورية وقانونية- مهمة الدور التقويمي للأوامر والأحكام والقرارات القضائية الصادرة عن درجات التقاضي الأدنى، من حيث تطبيقها السليم للقانون، واحترامها لأشكال وقواعد الإجراءات، كما هو منصوص بالفقرة الأخيرة من المادة الثالثة من القانون العضوي 11-12، فهي بذلك تعتبر المقوم الضامن لتوحيد العمل الاجتهادي من حيث التحقيق العام للأحكام، بنص

1 - بربارة، عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 270. صقر، نبيل: الوسيط في شرح قانون إجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 373.

2 -صودق على الاتفاقية بالمرسوم 88-148 المؤرخ في 26 يوليو 1988. تراجع الجريدة الرسمية المؤرخة في 27 يوليو 1988، ع 30، ص 1097.

3 - قرار المحكمة العليا رقم 84513، الصادر بتاريخ: 1992/06/02، المجلة القضائية، 1993، ع 03، ص 91.

4 - لم يُسعف البحث -في حدود الوسع المتاح- أن أحصل على قرار بشأن المخالفة الصريحة لبند من اتفاقية دولية، أو معاهدة مصادق عليها، فيما له ارتباط بمسائل الأسرة، وهذا ما يستدعي الإشارة إلى ضرورة تفعيل أكبر للاجتهاد القضائي، والسعي إلى توقيده؛ من خلال نشر هذه القرارات وتوزيعها وطبعها لإتاحة الاطلاع عليها من طرف القضاة والباحثين والمحامين والمتقاضين.

المادة 152 من دستور 1996م والمادة 171 من الدستور الحالي 2016¹، والتي تنص على أن: "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". ولا يعدّ "استقرار الاجتهاد القضائي، وعدم التراجع عنه غاية في ذاتها، بل وسيلة لتحقيق المهمة المسندة لكل من المحكمة العليا ومجلس الدولة، والتي تتمثل في توحيد الاجتهاد القضائي، والذي يهدف بدوره إلى تحقيق غرض أسمى غير معلن عنه صراحة هو ضمان اتباع ذلك الاجتهاد من الجهات القضائية الدنيا"².

والمحكمة العليا- في معرض نظرها للطعن بالنقض للأحكام والقرارات الفاصلة في النزاع الصادرة في آخر درجة عن المحاكم والمجالس- لا تراعي سوى الاختلالات القانونية المحضة المبني عليها الطعن- كما أبنّا سلفا-، وفي حال قبوله والحكم بصحته كلياً إذا كانت الأوجه المثارة تستغرق مضمون الحكم أو القرار المطعون فيه بأكمله، أو جزئياً إذا كان قابلاً للانفصال عن الأجزاء الأخرى³، فإن المحكمة العليا كأصل عام لا تعيد النظر في محل النزاع وموضوع الدعوى، بل تحيل القضية إما أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار بتشكيكة جديدة، وإما أمام جهة قضائية أخرى من النوع والدرجة ذاتها بحسب منصوص المادة 364 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁴، والتي تتولى النظر- من جديد- في القضية، من حيث الوقائع والقانون فيما اشتمل عليه قرار الطعن بالنقض. ويكون -لزاماً- على الهيئة القضائية التي تنظر الدعوى الاهتداء بالمحددات القانونية التي خلص إليها قرار الإحالة من طرف قضاة المحكمة العليا في جوانبه القانونية، ولا يقتصر الدور الاجتهادي للمحكمة العليا على حراسة الأحكام والقرارات من جهة التطبيق السليم للقانون، بل يمكن أن تتعدى ذلك إلى إمضاء النظر في موضوع الدعوى من حيث الوقائع والقانون معاً، إذا لم تمثل الجهة المحال عليها بتلك المحددات، ولم تعتبر بالتوجيه القانوني المتضمن به. فيجوز - عندها- للمحكمة العليا البت في موضوع النزاع بمناسبة النظر في الطعن بالنقض الثاني، كما هو نص الفقرة الثانية من المادة 374 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. بل إنه يجب على المحكمة العليا أن تفصل من

1 - القانون رقم 16-01، المؤرخ في 06 مارس 2016، المتعلق بالتعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، في 07 مارس 2016، ع 14، ص 03.

2 - بوبشير، محمد أمقران: تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق، ص 03. مقال منشور على الموقع:

- <http://manifest.univ-ouargla.dz/documents/Archive/Archive.../seminaire-national-sur-la-securite-juridique-December-2012/boubechir%20Mohaned%20MOKRAn.pdf>. تاريخ الاطلاع 2014/12/15.

3 - من نماذجها الطعون بالنقض في الدعاوى المحكوم فيها بالتعويض عن العدة والطلاق وبدل الاجبار ونفقات المحضونين... فهي أجزاء مستقلة عن بعضها، وإن كانت مرتبطة بسببها الأصلي المتمثل في فك الرابطة الزوجية.

4 - استثنت المادة 365 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من هذا الأصل جواز الفصل في النزاع ثنائياً في حالة النقض بدون إحالة، عندما يكون قضاة الموضوع قد عاينوا وقرروا الوقائع بكيفية تسمح للمحكمة العليا أن تطبق القاعدة القانونية الملائمة.

جهة الواقع والقانون في تلك القضية في حال الطعن الثالث بالنقض، ويكون قرارها قابلاً للتنفيذ وفق الفقرة الأخيرة من المادة 374 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ولا يقتصر الفعل الاجتهادي لأعلى هيئة في الهرم القضائي على التطبيق الصحيح والتفسير الصائب لما هو مثبت من النصوص القانونية، بل يراعي كذلك الضوابط والمعايير المعتمدة في الاجتهاد القضائي الأسري الحاصل من طرف قضاة المحاكم الدنيا في الأمور المسكوت عنها قانوناً، ومدى مواءمتها للفلسفة التشريعية المتبعة لدى المشرع في زمن ذلك التزليل ومكانه، وهي الصلاحية المسندة للقاضي الأسري بنص المادة 222 من قانون الأسرة.

وإذا كان من شأن التوحيد الاجتهادي للفعل القضائي في تنزيل الأحكام القانونية وتطبيق قواعده أن يسهم في تقوية تلك الأحكام والقرارات، وإكسابها الهيبة اللازمة والفعالية المرجوة لها أثناء التطبيق، فإن ذلك لا يمنع البتة من إمكانية العدول عن هاته الاجتهادات، وتغييرها والتعديل فيها¹، بحسب مقتضيات الزمن ومتطلبات الواقع، ووفق المسوغات القانونية للنص إن كان موجوداً، أو في إطار ضوابط الاستراتيجية التشريعية المعتمدة من طرف المشرع، وعللها التقنية، وحكمها وغاياتها الأيديولوجية.

بيد أن هذا التعديل مرتبط أساساً بجملة من الإجراءات المتعينة في حق المحكمة العليا بالدرجة الأولى، باعتبارها راعي هذا الواجب الدستوري والقائم به، وقد كانت أصول هاته الإجراءات تسيير وفق نص المادة 20-24 من القانون 89-22 المتعلق بتنظيم صلاحيات المحكمة العليا، والتي تعطي الغرفة المختلطة (مشكلة من غرفتين أو ثلاث)² حق البت في القضايا التي تطرح إشكالات قانونية من شأنها أن تؤدي إلى تناقض الاجتهاد القضائي أو تعارضه (المادة 20 منه)، ولا يجوز لها أن تبت بصفة قانونية إلا بحضور 09 أعضاء على الأقل في التشكيلة الثنائية، أو بحضور 15 عضواً في التشكيلة الثلاثية، ويتخذ القرار بموافقة الأغلبية، ويرجح رأي الرئيس في حالة تعادل الأصوات، بحسب نص المادة 22 من ذات القانون.

وإذا رأت اللجنة المختلطة أن الاشكال القانوني يمكن أن يؤدي إلى تغيير في الاجتهاد القضائي، فيجوز لها أن تقرر إحالة القضية أمام المحكمة العليا في هيئة الغرفة المجتمعة (المادة 22 و23)، والتي تتألف من: الرئيس الأول، نائب الرئيس، رؤساء الغرف، رؤساء الأقسام، عميد المستشارين في كل غرفة، ولا يسوغ لها أن تبت بصفة قانونية إلا بحضور خمسة وعشرين عضواً على الأقل، وتتخذ قراراتها بأغلبية الأصوات، ويرجح رأي الرئيس في حالة تعادل الأصوات (المادة 24 منه).

1 - بوشير، محمد أمقران: تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق، مرجع سابق، ص 05.

2 - تنص المادة 21 من القانون 89-22 على أن الأصل في تشكيلة الغرفة المختلطة هو أن تكون من غرفتين، غير أنها تتشكل من ثلاث غرف عندما تكون مدعوة للفصل في الموضوع في قضية على إثر طعن ثان.

وإلى قريب من ذلك نص القانون العضوي الجديد 11-12 في مواده 16-19؛ إذ تنص المادة 16 منه على أن تكون الإحالة على الغرفة المختلطة عندما تطرح قضية مسألة قانونية تلتقت أو من شأنها أن تتلقى حلولاً متناقضة أمام غرفتين أو أكثر، وتداول الغرفة المختلطة -مشكلة من غرفتين على الأقل- بحضور 15 قاضياً على الأقل.

أما إن كان من شأن القرار الذي سيصدر عن إحدى الغرف أن يغير اجتهاد قضايا سابقاً، فإن المسألة تحال على الغرفة مجتمعة، مشكلة من: الرئيس الأول، نائب الرئيس، رؤساء الغرف، رؤساء الأقسام، عميد المستشارين بكل غرفة، المستشار المقرر، ولا يمكنها الفصل إلا بحضور نصف أعضائها على الأقل، وتتخذ قراراتها بأغلبية الأصوات، وفي حالة تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحاً. كما تختص الغرفة مجتمعة بنظر القضايا التي لم يحصل بشأنها اتفاق في الغرفة المختلطة إذا كان من شأنها إحداث حلول متناقضة، بذات الكيفية والإجراء الحاصلين في القضايا التي يتأتى عنها تغيير في الاجتهاد.

والملاحظ هنا أن الصياغة التقنية للتعديل الأخير لصلاحيات المحكمة العليا بالقانون العضوي 11-12 لم تكن حازمة في مسألة إناطة الدور الدستوري في ضمان توحيد الاجتهاد القضائي بالغرفة مجتمعة؛ إذ أوقفت المادة 18 منه أمر انعقادها على مبادرة الرئيس الأول، أو باقتراح من رئيس إحدى الغرف، وهو ما يكرس ويعمق الإشكال الحاصل بخصوص عدم التزام غرف المحكمة العليا باللجوء إلى هذه الإجراءات واحترامها عند حصول تغيير في الاجتهادات القضائية، أو تلقي حلول اجتهادية متناقضة، كما حصل قبلاً في مسألة إناطة تولي الولاية الأبوية بإسناد حق الحضانة بالقرار الصادر بتاريخ: 13-11-1970¹، الذي يتصادم مع المسعى العام للقضاء الذي كان يقضي بالفصل بين الأمرين، واستقلال كل منهما في الإسناد من حيث طبيعة الضوابط واختلاف المعايير التي تحكم كلا من نظام الولاية والحضانة، أو على الأقل إناطة الولاية الأضعف بالأقوى كما هو التوجه الفقهي، لا العكس²، وهو أيضاً ذات الواقع الحاصل

1 - اعتمد هذا الاجتهاد لأول مرة مع قرار المجلس الأعلى، الصادر بتاريخ 13 / 11 / 1970، النشرة القضائية، 1972، ع 1، ص 67.

2 - لا زال مشروع الأحوال الشخصية الجزائري يلجأ في حله لقضايا ومشاكل الأسرة إلى سياسة الاستيراد التقني من تجارب ركلها التشريع الفرنسي إلى زوايا الإهمال بسبب فشلها، حتى ولو كان فيها مخالفة الشريعة الإسلامية دين هذا القانون ومصدره الأول، بدل حسم المشكلة من جذورها بفك أسبابها، وحل عواملها على نحو علمي وموضوعي، يتواءم وثوابت المجتمع الجزائري وواقع المعيشة؟! ومن النماذج الحية لذلك هذا المذهب الغريب الذي نهج المشرّع بإلحاق عنصر الرقابة بمن تسند إليه الحضانة، وهو مستمد أصلاً من التشريع المدني الفرنسي القديم، وتحديداً المادة 373-2 منه التي كانت تنص على أن:

" L'autorité parentale est exercée par celui - des père et mère - à qui le tribunal confie la garde de l'enfant".(art. 373-2، al. 1، «rédaction L. 4 juill. 1970»)

ويؤكد ذلك أن هذا القرار صدر بعد أربعة أشهر فقط من تبني المشروع الفرنسي لهذا النهج في قانون السلطة الأبوية رقم 70-459 الصادر بتاريخ 04 جوان 1970. وللمزيد راجع:

بشأن التحول المفاجئ والمتقلب للاجتهاد بخصوص تكييف الخلع بين رضائية العقد وثنائيته، أو اعتباره حقا خالصا للزوجة في مقابل الطلاق للرجل. فقد كان المستقر في الاجتهاد القضائي اعتبار قبول الزوج للخلع أمرا وجوبيا، وأن ليس للقضاء سلطة مخالفة هذا الرضا، وهو ما أكدته القرار رقم 33652 الصادر بتاريخ 11/06/1984م¹، والقرار رقم 51728 الصادر بتاريخ 21/11/1988م²، والقرار رقم 73885 الصادر بتاريخ 23/04/1991م³. غير أن المحكمة العليا ناقضت هذا الاجتهاد، دون اللجوء للإجراءات القانونية المسنونة بالقانون 89-22؛ حيث قضت بالقرار رقم 141262 الصادر بتاريخ 30/07/1996م أنه: "من المقرر قانونا وشرعا أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء، وليس عقدا رضائيا"⁴، وهو ما أكدته القرار رقم 52994 الصادر بتاريخ 21/11/2000م⁵، ورغم ذلك فقد اعتمد المشرع هذا الحل كتقنين في تعديله للمادة 54 من قانون الأسرة في صيغتها الجديدة بالأمر 05-02.

وقد أسهم هذا الإرباك لدى قضاة غرفة شؤون الأسرة والموارث، وعدم التزامهم بالإجراء القانوني اللازم للهبوض بالواجب الحيوي في توحيد الاجتهاد القضائي، واتباع المعايير القانونية في تغييره في ارتباك التطبيق القضائي على مستوى أقسام الأسرة بالمحاكم وغرفها بالمجالس القضائية، بسبب عدم توضيح آلية النظر وغياب الأسس المنهجية الضابطة للتنزيل القضائي، لضمان توحيد الأحكام العملية للوقائع من جهتي التحقيق العام والخاص.

- M. Gébler, **Effets Du divorce**, Conséquences Du Divorce Pour Les Enfants, Aspects Extra - Patrimoniaux, Juris-Classeur, France, 1997, civil, art. 286 à 295, fasc. 10, p6.

¹ - قرار المجلس الأعلى رقم 33652، الصادر بتاريخ: 11/06/1984، المجلة القضائية، 1989، ع 03، ص 38.

² - قرار المجلس الأعلى رقم 51728، الصادر بتاريخ: 21/11/1988م، المجلة القضائية، 1990، ع 03، ص 72.

³ - قرار المحكمة العليا رقم 73885، الصادر بتاريخ: 23/04/1991م، المجلة القضائية، 1993، ع 02، ص 55.

⁴ - قرار المحكمة العليا رقم 141262، الصادر بتاريخ: 30/07/1996م، المجلة القضائية، 1998، ع 01، ص 120.

⁵ - قرار المحكمة العليا رقم 52994، الصادر بتاريخ: 21/11/2000م، المجلة القضائية، 2001، ع 01، ص 293.

الفصل الثاني : نماذج تطبيقية للاجتهاد التنزيلي

في مسائل الأحوال الشخصية

ويتضمن المباحث التالية:

-المبحث الأول: الاجتهاد التنزيلي في مسائل عقد الزواج وانحلاله

-المبحث الثاني: الاجتهاد التنزيلي في مسائل الحمل وتوابعه

-المبحث الثالث: الاجتهاد التنزيلي في المسائل الطبية الحديثة

مَهَيِّدًا:

إن ما تشهده الأسرة المسلمة اليوم من تحولات متسارعة، ومستجدات مادية وأدبية طارئة كان لها أكبر الوقع والأثر على النسيج الأسري، ودوره الريادي الذي يؤديه في المجتمع من خلال التنشئة الاجتماعية، بسبب أخلال الواقع الحادثة وخوالف الأوضاع المتشابكة، والتي عمّت -باتساعها وكثرتها- الأسر والأفراد، فأثمرت تغييرا في الاتساق البنائي، وتعقيدا في الهيكلة الوظيفية داخل الأسرة، فضلا عن تفزيم العلائق الاجتماعية الواصلة بين أفرادها، وتحويرا وإماهة في تراتيب سلم المراكز القانونية المتضمنة بها.

ومما لا شك فيه أن ثمة عوامل كثيرة مستجدة، ونوازل طارئة تشابكت في بلورة هذا الواقع الجديد، و أسهمت في تأثيره؛ فاتساع نطاق الثورة التكنولوجية، والطفرة العلمية الحاصلة في الجانب الاتصالي، والتقدم المعلوماتي الضخم، وتغير الظروف المعيشية والأحوال والأعراف.. كلها عوامل أفرزت رهائنا صعبا ليس بالوسع مهادنته أو إغماط الطرف عنه، فكان الواجب في حق العلماء والفقهاء المعاصرين القائمين بالتنزيل تبصير أفراد هذا الكيان الحيوي بحقيقة وحكم ما يستجد من تلك النوازل، والإبانة عن مواضع النفع والضرر فيها حفاظا على الكيان الحيوي في المجتمع وتبصيرا لأفراده بحقيقة وحكم ما يستجد من تلك النوازل؛ من حيث التحقيق العام والخاص في ضوء الخصوصيات المكتنفة، بما يضمن يسر التطبيق وليونته وسهولة الانقياد إليه.

ولذلك فقد تقصدنا في هذا الفصل بحث ومدارسة هذا الموضوع الحيوي، من خلال مكاشفة واستجلاء بعض أهم النماذج لتلك الصور النوازلية التي فرضت نفسها على الساحة الأسرية من حياة الناس، وطبعت الاستشكال والإعضال على أوضاعهم الزوجية، أو علائقهم الاجتماعية. ولسوف ننهج -في ذلك- تقسيم هذا الجزء البحثي أثلاثا، بحسب المجاميع الموضوعية على الوفق التالي: حيث نخصص المبحث الأول لدراسة المسائل المرتبطة بعقد الزواج؛ طبيعة وإبراما وآثارا، بينما نخصص المبحث الثاني للنوازل المرتبطة بالحمل وتوابعه، لنختتم تضاعيف الدراسة -في المبحث الأخير- بتتبع المسائل المستجدة في المجال الطبي مما له ارتباط بقضايا الأحوال الشخصية. فتتحصل الخطة المنهجية لهذا الفصل في:

-المبحث الأول: الاجتهاد التنزيلي في مسائل عقد الزواج وانحلاله

-المبحث الثاني: الاجتهاد التنزيلي في مسائل الحمل وتوابعه

-المبحث الثالث: الاجتهاد التنزيلي في المسائل الطبية الحديثة

المبحث الأول: الاجتهاد التنزيلي في مسائل عقد الزواج وانحلاله

نبحث في هذا المحور من الدراسة ما يستجد من نوازل في موضوع صور انعقاد الزواج، وأحوال إنشائه وصيغ ابتناؤه، بسبب التطور التكنولوجي الحاصل في مجال التواصل الإنساني وما أفرزه من مخرجات على صعيد العلاقات الاجتماعية، كما نعلم إلى استقصاء أثر هذا التغيير على الآثار الشرعية والقانونية المترتبة عن عقود الزواج في حق الأزواج والأبناء؛ وعليه فسيكون منحى الدراسة بالتطرق ابتداءً للمسائل المتعلقة بطبيعة عقد الزواج (المطلب الأول)، ثم للمسائل المتعلقة بالقوالب التي يفرغ فيها هذا الإبرام (المطلب الثاني)، ونختتمها بالقضايا ذات الصلة بآثار ذلك الإبرام من الناحية الشرعية والقانونية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: المسائل المتعلقة بطبيعة عقد الزواج

جدّ على الساحة الاجتماعية والإعلامية اليوم ظهور مسميات جديدة لصور مبتكرة من عقود زواج، استحدثت بفعل التطور الاجتماعي الحاصل على مستوى العلائق والروابط التي تجمع البشر، وتأثرها بالتغيرات الاقتصادية والسياسية المختلفة، فكان أن ظهرت زيجة الفرند، ونكاح المسيار، والزواج العرفي والمدني، والسري ونكاح الدم... وغيرها. وقد أثارت جدلاً واسعاً في الوسط الفقهي والقانوني لتعلقها بأقدس رباط وأغلظ ميثاق هو ميثاق الزوجية. وعليه فسنستولى بالبحث في هذا المطلب لصورة من صورها النازلة، ونستفصل عن أسباب ظهورها، ونستقصي الحكم التنزيلي الواجب في حقها في ظل الظروف الراهنة والحاجات الباعثة، مقتصرين في ذلك على نموذج زواج المسيار بسبب أهميته والمكانة التي افتكها من النظر الفقهي الحاصل.

الفرع الأول: نكاح المسيار

يعد زواج المسيار أحد أشهر الصور الحادثة للزواج في هذا العصر، والذي ظهر كأثر للتعقيدات الاجتماعية التي شابت المجتمعات العربية بسبب استفحال ظاهرة العنوسة، والعزوف عن الزواج لدى الشباب، وكثرة حالات الطلاق، والتغيرات الاقتصادية للناس وما استتبع ذلك من كثرة أسفارهم وتنقلاتهم، مما اضطرهم إلى ابتناء بيوت زوجية في المناطق البعيدة عن مواطن عيشهم الأصلي، فضلاً عن التحولات التعليمية التي أمكنت المرأة من حيازة الشهادات والخروج إلى العمل، كل ذلك أفرز رهانا صعباً وأوضاعاً متشابكة على المقبلين على الزواج، فما حقيقة هذا النكاح؟ وما حكمه الشرعي؟

أولاً: تعريف نكاح المسيار

نبسط الكلام في تصوير نازلة المسيار من خلال تتبع المعنى اللغوي والاصطلاحي له وفق التالي:

1- تعريف المسيار لغة:

من سار يسير سيرا ومسيرة فهو مسير، وسيرت الرجل بالثقل، وسيرت الدابة فإذا ركبها صاحبها وأراد بها المرعى قيل أسارها بالألف¹، والمسيار والمسيرة بمعنى المشي نهاراً وليلاً²، والسرى المشي ليلاً، والسيار بالفتح يذهب به إلى الكثرة؛ نحو قول الشاعر:

فألقت عصا التسيار وخيمت بأرجاء عذب الماء بيض محافره³

والسيرة بالفتح العزب من السير، والسيرة والسيار؛ الكثير السير، وسائره؛ إذا جراه، وسيره من بلدة؛ إذا أخرجته وأجلاه⁴. أما المسيار فهو كلمة دارجة في عرف الخليجيين -على وزن المبالغة- ويعنون بها المرور، وعدم المكث الطويل⁵، أو الزيارة النهارية القصيرة⁶، أو إدخال السرور على المرأة كما هو مقصود أهل البوادي بنجد⁷.

2- تعريف المسيار شرعاً:

عرفه المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في قراره الخامس الصادر بتاريخ 14/03/1427هـ، في الدورة الثامنة عشر له، على أنه: "عقد زواج تتنازل فيه المرأة عن السكن والنفقة والقسم أو بعض منها، وترضى بأن يأتي الرجل إلى دارها في أي وقت شاء من ليل أو نهار"⁸. وهذا التعريف أقرب إلى تفسير صورة المسيار من أن يكون تعريفاً منضبطاً بمعايير الحدود الجامعة والمناعة؛

وصوره القرضاوي بأنه: "الزواج الذي يذهب فيه الرجل إلى بيت المرأة، ولا تنتقل المرأة إلى بيت الرجل، وفي الغالب تكون هذه الزوجة ثانية، وعنده زوجة أخرى هي التي تكون في بيته، وينفق عليها"⁹.

- 1 - الفيومي، أحمد: المصباح المنير، مرجع سابق، ج4، ص403. ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، ج4، ص389.
- 2 - إبراهيم، مصطفى والزيات، أحمد: المعجم الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص467. الزبيدي: تاج العروس، ج1، مرجع سابق، ص2980.
- 3 - ابن سيده، أبو الحسن: المحكم والمحيط الأعظم، مرجع سابق، ج2، ص298.
- 4 - الفارابي، أبو نصر: الصحاح، مرجع سابق، ج2، ص691. ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، ج4، ص389. الزبيدي: تاج العروس، مرجع سابق، ج1، ص2980.
- 5 - القرضاوي، يوسف: حول زواج المسيار، مجلة الرابطة، السعودية، ع482، رجب 1427، ص51.
- 6 - سلمان، نصر: زواج المسيار في ميزان الكتاب والسنة، مجلة الصراط، الجزائر، ع24، 2012م، ص156. سلامة، زياد أحمد: قضايا مستحدثة في الزواج، مجلة هدي الإسلام، الأردن، ع5، 2007م، ص114.
- 7 - مالك، مهلب بركات: زواج المسيار، مجلة المنبر، السودان، ع5، 2008م، ص152.
- 8 - كمال الدين، مصطفى: الأنكحة المستحدثة وكيف نظر إليها المجمع الفقهي الإسلامي، مجلة الرابطة، السعودية، ع481، رجب 1427، ص18.
- 9 - القرضاوي، يوسف: حول زواج المسيار، مرجع سابق، ص51.

وفي رأي أسامة الأشقر، فالمسيار هو: "أن يرتبط الزوجان بعقد وشهود ومهر وغيرها من مقومات صحة الزواج الشرعي، لكن تتنازل الزوجة عن حق المبيت، ويكتفي زوجها بزيارات غير محددة الموعد"¹.
وفسره أحمد التميمي على أنه: "يعقد الرجل -وفق هذا الزواج- زواجه على امرأة عقدا شرعيا مستوفي الأركان، لكن المرأة تتنازل عن السكن والنفقة"².

أما أحمد الحجري، فقال: "إن أهم صور الدارحة -في نظري- أن يتزوج رجل عاقل امرأة بالغة عاقلة تحل له شرعا، على مهر معلوم، بشهود مستوفين لشروط الشهادة، على أن لا يثبت عندها ليلا إلا قليلا، وأن لا ينفق عليها، سواء كان ذلك بشرط مذكور في العقد، أو بشرط ثابت بالعرف، أو بقرائن الأحوال"³.

وهذا التعاريف -على دقة بعضها- إلا أنها تبقى أقرب إلى تفسير بعض صور نكاح المسيار من أن تكون تعاريف منضبطة بمعايير الحدود الجامعة والمانعة؛ وعليه فالتعريف الذي نرتضيه لهذا النوع من العقود هو: "عقد زواج شرعي تتنازل فيه المرأة لزوجها عن النفقة، والقسم، والسكنى، لقاء بيتوتة محدودة".
وفيما يلي شرحه:

فقولنا: "عقد زواج شرعي": يخرج به كل عقد قران لم يستوف الأركان والشرائط الشرعية المنصوصة بالفقه؛ كالرضا، والولي، والشهود، والإعلان، والصداق، والكفاءة، وانتفاء الموانع...
- "تتنازل فيه الزوجة...": يتحصل بالعقد إبراء الزوج في هذا النوع من الزيجات من بعض المسؤوليات التي يرتبها هذا العقد تجاهها؛ وعادة ما يشمل هذا التنازل النفقة، وحق السكن والقسم الواجب لها بمثل باقي الزوجات.
- "لقاء بيتوتة محدودة": يترتب عن التنازل الرضائي للزوجة من بعض حقوقها أن يكون غشيان الزوج لبيت زوجته قليلا أو محدودا، وفق الظروف، أو بمحددات الاتفاق.

ثانيا: ظهور نكاح المسيار

ظهرت لهذا النوع من الزيجات صور شبيهة، مذ فترة ليست باليسيرة أو القريبة، تحت مسميات مغايرة، بحسب الشروط المتفق على إسقاطها فيه؛ فقد اصطلح في المذهب الحنبلي على تسميتها بـ "زواج النهاريات"، و"الليليات"⁴. وعالجه فقهاء المذاهب الأخرى ضمن باب النفقة، والقسم، وشروط النكاح¹.

1 - مالك، مهلب بركات: زواج المسيار، مرجع سابق، ص 153.

2 - الأشقر، أسامة: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار الفنائس، ط1، الأردن، 2000، ص163.

3 - خالد، عبد الخليم: زواج المسيار في دول الخليج العربي، مجلة الخليج العربي، العراق، ع 1 و2، 2010، ص 165.

4 - ابن مفلح، محمد: الفروع، مؤسسة الرسالة، سوريا، ط1، 2003م، ج9، ص181. ابن قدامة: الكافي، مرجع سابق، ج3، ص39.

غير أن الأحوال التي جددت في عصرنا الحالي، وتعد الحياة الاجتماعية للناس اليوم وتشابكها، جعلت من المسيار أحد أهم محدثات هذا العصر الاجتماعية، وما استتبع ذلك من انتشار كاسح له، وبمسميات مختلفة؛ فأول ما ظهر في منطقة القصيم بالسعودية، على يد وسيط زواج يدعى فهد الغنيم². ومنه انتشر إلى باقي البلاد، واشتهر بأسماء مختلفة؛ فالنجديون يدعونه "زواج الفحول"، ويصطلح عليه آخرون "زواج الملفي" و"نكاح المسافة"³.

وأياً ما كان الأمر، فإن هذا النوع من الزيجات في انتشار كبير، بسبب ما استجد من أمور ونوازل في حياة الناس، جعلت منه متنفساً لهم من العوائق المادية والاجتماعية، التي فرضتها الظروف الراهنة على إبرام عقد الزواج على النحو الطبيعي المعروف.

ومنه، فيمكن القول أن الأسباب الداعية إلى زواج المسيار قسمان:

أما الشق الأول؛ فهو يتعلق بالرجل، الذي يرغب عادة في التعدد. إذ يعوقه في ذلك أمور عدة أهمها:
الأول: معارضة الزوجة وأهلها للتعدد، فيلجأ إلى هذا الزواج على نحو عرقي ابتداءً، للتملص من تلك المعارضة. وهذه الحال هي الداعية إلى إسقاط حق الزوجة في العدل في القسم، الذي يفضح أمر الزوج مع زوجه الأول.

الثاني: عدم القدرة المالية للزوج على افتتاح بيت أسرى جديد، وتحمل أعبائه المادية. وهذا الجانب هو الباعث على إسقاط حق الزوجة في المتعلقات المالية لزواج المسيار؛ سيما النفقة منها⁴.
أما الشق الثاني؛ فهو يتعلق بالمرأة، ويكمن السبب في التنازل الرضائي من الزوجة عن بعض حقوقها، هو رغبتها في التحصن بالزواج؛ كونها أرملة، أو مطلقة، أو عانساً، مع يسر الحال، وسعة اليد، سواء كان ذلك بميراث، أو عمل قار يضمن لها عيشاً كريماً. ولما كانت غير محتاجة إلى النفقة فعلياً، فإنها ترضى بالتنازل عن بعض حقوقها، لقاء دخولها كنف بيت زوجي ترعاه وتنشئ منه ذرية، تنسى الذكر، وتبقي الأثر¹.

1 - ابن الهمام، كمال الدين: فتح القدير، مرجع سابق، ج7، ص378 وما بعدها. الدردير، أحمد: الشرح الكبير، بحاشية الدسوقي، دار الفكر، سوريا، د.ط، د.ت، ج2، ص238. الشافعي: الأم، مرجع سابق، ج5، ص73. ابن مفلح، إبراهيم: المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1997م، ج7، ص39.

2 - زرار، ملكة يوسف: موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية، دار الفتح للإعلام العربي، ط1، مصر، 2000، ص215. مالك، مهلب بركات: زواج المسيار، مرجع سابق، ص154. سلمان، نصر: زواج المسيار في ميزان الكتاب والسنة، مرجع سابق، ص156.

3 - المطلق، عبد الملك: زواج المسيار، دار ابن لعبون، د.ط، السعودية، 1423، ص78 وما بعدها. القحطاني، محمد بن سعيد بن عبد الله آل ميثب: المعيار في بيان أقسام نكاح المسيار، مجلة العدل، السعودية، ع51، 2011م، ص272.

4 - المطلق، عبد الملك: زواج المسيار، مرجع سابق، ص84.

ومن دواعي هذه الزيجة لدى النساء ارتفاع نسبة العنوسة لديهن، وكثرة أعداد من تخطت سن الزواج منهن، سيما في الدول الخليجية خصوصاً²، والعربية عموماً³. حتى أضحت ظاهرة اجتماعية متكاملة المعالم، تفرق كاهل المجتمع، وتندر بالخطر الويل على الكيان الأسري داخله. وهذا فضلاً عن رواج سوق الطلاق، والتهاب سعي أعداد المطلقات بالبلدان العربية، وكثرة الأرامل... وقد أفرز هذا الرهان الاجتماعي ضغوطاً رهيبية على المرأة للبحث عن زوج والظفر به، ولو كان ذلك مقابل التنازل عن بعض الحقوق الزوجية التي يكفلها الشرع، والإبراء من المسؤوليات التي يرتبها القانون على الأزواج. وكحل لذلك تلجأ الكثير من النسوة إلى زواج المسيار للحصول على زوج يعفها، ويدفع عنها عار العزوبية، ويكون لها منه ولد تضمه إليها، وتصنع به أحلامها، وتودعه قابل آمالها⁴.

ثالثاً: حكم نكاح المسيار

1- حكم نكاح المسيار في الفقه الإسلامي

إن المرتكز الفقهي، الذي ترتبت عليه اختلاف الرؤى بشأن نكاح المسيار، يكمن في الاختلاف في الشروط التي تصحب عقد الزواج زمن الإبرام، والمتعلقة أساساً بالإبراء من حقوق رتبها الشرع للزوجة في عنق زوجها؛ من حيث دخولها ضمن المنافاة المبطللة لمقتضى العقد، أم لا؟ وعليه كان الرأي الفقهي منقسماً على أقوال ثلاثة هي:

أ- الرأي الأول: المبطلون لزواج المسيار

1 - الأشقر، أسامة: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 168 و169. القرضاوي، يوسف: حول زواج المسيار، مرجع سابق، ص 51 وما بعدها.

2 - أجرت مجلة الأسرة السعودية استبياناً شارك فيه 363 فتاة حول نكاح المسيار، وقد تكشف عنه أن 46.62% من عينة الدراسة ترى أن العنوسة هي السبب الأساس في ظهور وانتشار هذا النوع من الزواج. ينظر: الأشقر، أسامة: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 168 و169.

3 - تشير الأرقام والإحصائيات الرسمية بشأن انتشار العنوسة في الدول العربية إلى تغول رهيب لهذه الظاهرة، التي أخذت تنخر كيان النسيج الاجتماعي وتهدد استقرار المجتمعات العربية، بسبب الارتفاع الحاد والمطرد لتعداد العوانس في الآونة الأخيرة، والذي يفوق في بعض البلدان منها التعداد السكاني لدول برمتها. فقد وصلت هذه النسبة في الجزائر إلى 11 مليون عزباء من أصل 18 مليون امرأة، من بينهن 5 ملايين فوق سن الثلاثين، بينما يقدر نسبتها الجهاز المركزي للتعبئة والإحصاء المصري بنحو ثلث الشباب الحصى. ينظر: بلحاج، العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، وفق آخر التعديلات، مرجع سابق، ج1، ص 42. عارف، علي عارف: زواج المسيار، رؤية إسلامية، مجلة التجديد، ماليزيا، ع 13، 2003م، ص 136.

4 - المطلق، عبد الملك: زواج المسيار، مرجع سابق، ص 81. الأشقر، أسامة: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 168.

وبه قال الألباني، والراوي، والقراه داغي، ومحمد الزحيلي، وإبراهيم دبو، وجبر فضيلات، وعبد الله الجبوري، وأسامة الأشقر، وعجيل جاسم النشمي، وعبد العزيز المسند، ووهبة الزحيلي، وغيرهم¹. ومستندهم في ذلك:²

- قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٣١﴾﴾³؛ فالزواج مشروع لأجل مقصد السكن النفسي، والتواد والتراحم بين الزوجين، ونكاح المسير يتنافى وهذه المقاصد الجليلة، ولا يحقق شيئاً منها بإسقاط حق السكنى، والقسم، والبيتوتة. فكان هذا النوع من الزواج ملغى، وغير معتبر شرعاً، لاقتارانه بشروط تتنافى والميثاق الغليظ، الذي قامت على أساسه العلاقة الزوجية.

- في المسير تعطيل لشرع الله، وإبطال لأحكامه الشرعية قطعية الثبوت والدلالة؛ فالإجماع منعقد على ثبوت السكنى، والنفقة، والقسمة للمرأة من دون نكير⁴، استناداً إلى القرآن الكريم، والسنة النبوية المشرفة، وشواهد ذلك كثيرة كثيرة تنبو عن الحصر؛ نحو قوله تعالى في النفقة: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ وَبِالْوَالِدَاتِ وَالْمَوْلُودِ لَهُ يَوْلَدُوهٗ﴾⁵، وقوله تعالى في السكنى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارَّوهُنَّ لِضَيْقِوْنَ عَلَيْهِنَّ﴾⁶، وإن كان ذلك نص في حق المطلقات فإنه للزوجات أحق وأولى. وقد اشترط الشرع وجوب العدل، كشرط جوهرى لإجازة التعدد لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴿٣٠﴾﴾⁷.

1 - الأشقر، أسامة: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص164. سلمان، نصر: زواج المسير في ميزان الكتاب والسنة، مرجع سابق، ص 156. مالك، مهلب بركات: زواج المسير، مرجع سابق، ص 161. هوساوي، سلمى بنت محمد: مسائل في المستجدات في النكاح، مجلة الدراسات العربية، مصر، ع 26، 2011م، ص 2664. سلامة، زياد أحمد: قضايا مستحدثة في الزواج، مرجع سابق، ص 115. الزحيلي، وهبة: عقود الزواج المستحدثة وحكمها في الشريعة، بحث مقدم للدورة الثامنة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة بمكة من 8-12/4/2006، ص11. منشور بالموقع الإلكتروني للمجمع:

تاريخ الاطلاع 2015/07/01. <http://www.themwl.org/Bodies/Meetings/default.aspx?d=1&mid=18&ds=1&l=Aj>.

2 - المطلق، عبد الملك: زواج المسير، مرجع سابق، ص 125 وما بعدها. الغفيلي، عبد الرحمن بن صالح بن محمد: حكم زواج المسير، مؤتمر التفكير العلمي وقيم التقدم في الأسرة، مصر، 2009م، ص 171 وما بعدها. سلامة، زياد أحمد: قضايا مستحدثة في الزواج، مرجع سابق، ص 115 وما بعدها.

3 - [سورة الروم: الآية 21]

4 - الشوكاني، محمد: السيل الجرار، دار ابن حزم، لبنان، ط1، د.ت، ص 461. ابن المنذر، محمد: الإشراف على مذاهب العلماء، مكتبة مكة الثقافية، الإمارات، ط 1، 2004م، ج 5، ص 157. ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج 07، ص 301. الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج 11، ص 357.

5 - [سورة البقرة: الآية 233]

6 - [سورة الطلاق: الآية 06]

7 - [سورة النساء: الآية 03]

وأما من السنة النبوية، فقولته ﷺ في حجة الوداع: «ولهن عليكم رزقهن، وكسوتهن بالمعروف»¹. وفي حديث السائل عن حق المرأة على زوجها «يطعمها إذا طعم، ويكسوها إذا كسى، ولا يهجرها إلا في البيت، ولا يضربها، ولا يقبح»².

وقد ثبت في الصحيحين إجازة النبي ﷺ للأخذ من مال الزوج خفية، إن شح، أو بخل، أو أنقص من قدر النفقة دون المعروف. بدليل أن هند بنت عتبة رضي الله عنها قالت: «يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، لا يعطيني ما يكفيني وولدي، إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فهل علي في ذلك من شيء؟! فقال لها النبي ﷺ: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»³. فإن أبي الزوج الإنفاق أكره، وأجبر، وإلا حبس، وإن أعوزته القدرة على الإنفاق، جاز لها طلب فض عقدة النكاح بإرادتها المنفردة؛ فسحا عند الشافعية والحنابلة⁴، أو طلاقاً بعد التلوم، كما هو رأي المالكية⁵، والحنفية⁶. كما يسقط عنها واجب السمع والطاعة له، ويباح لها الخروج لتحصيل المعاش، وفق ما هو مقرر بالفقه.

- ولما ثبت ذلك، كان اشتراط إسقاط هذه الحقوق اشتراطاً لأمر باطل، وما كان باطلاً في الشرع فهو رد غير معتبر، كما ثبت في الصحيحين من قصة برة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: «ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مئة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق..»⁷.

1 - مسلم، الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ، ج 2، ص 886.

2 - الحاكم، المستدرک علی الصحيحین، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب أما حديث سالم، ج 2، ص 202، وقال هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه. ابن بلبان، علي: الإحسان بتقريب صحيح ابن حبان، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط 1، 1998م، كتاب النكاح، باب معاشره الزوجين، ج 9، ص 482.

3 - البخاري، الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب البيوع، باب من أجرى من أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم، ج 3، ص 79.

4 - الخطيب الشيريني: الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع، دار الفكر، لبنان، د. ط. د. ت، ج 2، ص 147. الديمياطي: إعانة طالبين، دار الفكر للطباعة، لبنان، ط 1، 1997م، ج 4، ص 86. الأنصاري، أبو يحيى زكريا: أسنى المطالب، مرجع سابق، ج 18، ص 132. ابن مفلح: الفروع، مرجع سابق، ج 10، ص 345. ابن قدامه: الشرح الكبير، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، مصر، ط 1، 1995م، ج 9، ص 263. المرادوي: الإنصاف، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ط 2، د. ت، ج 9، ص 282. أبو النجا، موسى بن أحمد: الإقناع في فقه الإمام أحمد، دار المعرفة، لبنان، د. ط. د. ت، ج 4، ص 146.

5 - الدردير، أحمد: الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 2، ص 518. ابن أنس، مالك: المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج 4، ص 184. ابن الحاجب: جامع الأمهات ت. أبو عبد الرحمن الأخضر الأحمري، اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، تونس، ط 2، ص 1421، ص 333. ابن رشد: البيان والتحصيل، مرجع سابق، ج 5، ص 426.

6 - ابن الهمام، كمال الدين: فتح القدير، مرجع سابق، ج 9، ص 445. البابرتي، محمد: العناية شرح الهداية، دار الفكر، د. ط. د. ت، ج 6، ص 212. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج 3، ص 590.

7 - البخاري: الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب البيوع، باب إذا اشترط في البيع شروطاً لا تحل، ج 3، ص 73.

-إلباس النكاح لبوس الرضا الصريح، والتشبيث بدعوى الاتفاق الصريح، لا يشرعن العقد، أو يصححه. لأن فيه قصدا ونية معلنين ومعقودين على نقض أحكام الشرع، وإذا كان الله -وهو المشرع- قد بين أحكام وقواعد حلية الفروج، كما لم يبينه في أمر آخر، فإن استحلال الفروج بغير ما شرع محرم قطعاً، ومنقوض جزماً، لأنه من التحايل غير المشروع، لقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا﴾¹، وقوله: ﴿من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد﴾².

وقد ثبت أن كل عقد على ما لا يحل فهو مفسوخ أبداً، لأنه عقد بصحة ما لا صحة له، والتزام بما لا يلزم. ولا يقع المسيار إلا بالاتفاق على ما لا صحة له؛ من خلال إسقاط أحكام جعلية شرعية، لذا كان استحلالاً لباطل، ورضاء المرأة لا يحل حراماً، لوقوعه على أحكام أمرة، لا تقبل البذل والعطاء³. وهو من باب الغبن الفاحش للمرأة، والاستغلال المقيت لضعفها، وقلة حيلتها؛ إذ لولا هذا الإذعان منها، ما كان ليقبل نكاحها، فيكون المؤدى والحاصل في المسيار حصول المزايدة المادية على الأبخاع والأموال، مما ينأى بهذا اللون من العقود عن المعاني الجليلة المقتضاة من عقود الزواج؛ سكننا، ومودة، ورحمة، وحماية، وصونا⁴. وبالتالي فسيكون زواج المسيار سبباً مجلبة مشاكل أعقد وأكبر من التي توخى حلها به، وليس أقلها التفكك الأسري، بانطفاء جذوة المساكنة فيه، بمجرد انقضاء الاستمتاع الشهوي، وانحيار بنائية المجتمع برتمته باختلال مفاهيم المسؤوليات الأسرية، سيما القوامة منها، وما يستتبع ذلك من ضياع للأولاد، وتشتت للذرية، وفساد للنسل الناتج عن هذا الزواج البدعي، مادام الأزواج في حل من كل التزام، أو أية مسؤولية تجاه الزوجة المغلوب على أمرها⁵.

-تعليل زواج المسيار بتدليل سبل التعدد المشروع أصلاً يصطدم بمحاذير شرعية، تحيل هذا التعدد إلى الصفة غير المشروعة. فالثابت الصحيح المتفق عليه أن: "العدل شرط جوهرى، والمشترط هو الله سبحانه وتعالى، والأمور المتفق على العدل في شأنها نقلاً وعقلاً هي مجموع الأعباء والتكاليف المادية؛ من نفقة ومسكن وبيتوتة، فهل يتحقق ذلك ونكاح المسيار؟؟ الذي يلزم معه -ابتداءً- إسقاط حقوق المسلمة

1 - [سورة الأحزاب: الآية 36]

2 البخاري: الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب إذا اجتهد العامل أو الحاكم، فأخطأ خلاف الرسول ﷺ من غير علم، فحكمه مردود، ج 9، ص 107.

3 - زرار، ملكة يوسف: موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية، مرجع سابق، ص 219.

4 - القحطاني، محمد بن سعيد بن عبدالله آل مثير: المعيار في بيان أقسام نكاح المسيار، مرجع سابق، ص 278. زرار، ملكة يوسف: موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية، مرجع سابق، ص 219.

5 - الغفيلي، عبد الرحمن: حكم زواج المسيار، مرجع سابق، ص 155 وما بعدها. زرار، ملكة يوسف: موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية، مرجع سابق، ص 219.

المحصنة، قبل ثبوتها في ذمة الرجل؟؟¹. وإعسار الرجل لا يهض تعليلًا كافيًا لتشريع الميسار، وقد علم من حال الصحابة قلة ذات اليد، وشظف العيش، ولم يمنع ذلك أحدهم من التعدد، كما لم يسوغ لهم اشتراط إسقاط هذه التكاليف باسم التراضي.

أما تسويغ هذا الزواج بدعوى عدم استقرار الرجل، وكثرة أسفاره، فقد أثبت الواقع أن نسبة حضور هذا المسوغ لا تتعدى 1 بالمئة من الحالات الواقعة، إلا بقليل².

بيد أن هذا الرأي الذي يأخذ بإبطال زواج الميسار، منقسم على نفسه بخصوص زمن هذا الإبطال؛ فالبعض منهم يرى أنه مقصور على الفترة السابقة للدخول، فإذا حصل وأن بنى الرجل بزوجه على عقد ميسار، فإن العقد يصحح، وتبطل شروطه التي قام عليها، وعلتهم في ذلك أن الإبطال المطلق يفضي إلى مفساد عظيمة بعد البناء. بينما قال فريق آخر بإبطال العقد مطلقًا، قبل الدخول أو بعده، فلا أثر للبناء على الوصف الشرعي للعقد بالتصحيح.

ب- الرأي الثاني: المميزون لزواج الميسار

يرى أصحاب هذا الاتجاه صحة عقد زواج الميسار، وإمضاء الشرط كراهة؛ وبهذا قال القرضاوي، وابن باز، وأبو زهرة، ونصر فريد واصل، وعطية صقر، ورفعت فوزي، وابن جبرين، وعبد الباري الزمزمي، وعبد العزيز آل الشيخ، وعارف علي عارف، ومحمد فركوس، وهو الذي أقره المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي، وهو منسوب إلى الأكثرين اليوم³. واستندوا في ذلك إلى أدلة من الكتاب، والسنة، والمعقول:

من الكتاب الكريم:

- 1 - زرار، ملكة يوسف: موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية، مرجع سابق، ص 244.
- 2 - أكدت دراسة اجتماعية أجريت بالسعودية أن نسبة من يعتقد أن عامل عدم استقرار الرجل في مكان واحد بسبب العمل لا تتعدى 1.22% من العينة المدروسة. ينظر: الأشقر، أسامة: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 168 و169.
- 3 - ابن باز: الفتاوى لشريعة في المسائل العصرية، إعداد خالد الجريسي، مؤسسة الجريسي، السعودية، ط 1، 1999م، ص 450. أبو زهرة: فتاوى الشيخ محمد أبو زهرة، دار القلم، سوريا، د.ط، د.ت، ص 513. صقر، عطية: فتاوى وأحكام للمرأة المسلمة، مكتبة وهبة، مصر، ط 2، 2006م، ص 94. فركوس، محمد علي: في حكم زواج الميسار، مجلة الإصلاح، الجزائر، ع 32، 2012، ص 39. سلامة، زياد أحمد: قضايا مستحدثة في الزواج، مرجع سابق، ص 114. آل الشيخ، عبد العزيز بن عبد الله بن محمد: من فتاوى سماحة الشيخ عبد العزيز آل الشيخ، مجلة البحوث الإسلامية، السعودية، ع 62، 2001، ص 59. القحطاني، محمد بن سعيد بن عبد الله آل مثير: المعيار في بيان أقسام نكاح الميسار، مرجع سابق، ص 274. عارف، علي عارف: زواج الميسار، رؤية إسلامية، مرجع سابق، ص 136. مالك، مهلب بركات: زواج الميسار، مرجع سابق، ص 155. المرزوقي، صالح بن زاین: المجمع الفقهي الإسلامي ينهي دورته 18، مجلة الرابطة، السعودية، ع 479، ربيع الثاني 1427، ص 32. غنایم، محمد نبیل: الصور المستحدثة للزواج، سلسلة مركز دراسات الأسرة، مصر، 2007م، ص 100. القرضاوي، يوسف: حول زواج الميسار، بحث مقدم للدورة الثامنة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة بمكة من 8-12/4/2006، ص 8 و9، منشور بالموقع الإلكتروني للمجمع:

- قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبَّن لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيًّا﴾¹. ووجه الاستدلال في هذا النص القرآني، أن الشرع قد قرر للنساء حق التنازل عن المهر جزئاً أو كلاً، وهو حق ثابت بالشرع لهن، ومنه صح قياس إبراء باقي الحقوق، دون أن يعود ذلك على النكاح بالإبطال. وعليه فنكاح الميسار جائز، لأنه تنازل من المرأة عن بعض حقوقها لزوجها مقابل إحصائها.

- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُورًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾²، فقد نزلت الآية في الرجل الذي تكون عنده المرأتان؛ إحداهما قد كبرت وسنت، أو هي ذميمة، وهو لا يستكثر منها، فتقول لا تطلقني وأنت في حل من شأني³.

من السنة النبوية:

- ما روته السيدة عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ «أنه ﷺ كان إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه، فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه، وكان يقسم لكل امرأة منهن يومها وليلتها، غير أن سودة بنت زمعة رضي الله عنها وهبت يومها لعائشة رضي الله عنها تبتغي بذلك رضا رسول الله ﷺ»⁴. ووجه الاستشهاد أن تنازل سودة رضي الله عنها عن حقها الشرعي في البيتوتة للسيدة عائشة رضي الله عنها، لكبر سنهما، وفرقها من طلاق النبي ﷺ لها، دون نكير منه، دليل بين على حق الزوجة في التنازل عن بعض حقوقها لزوجها إذا استدعت ذلك مصلحة، أو ضرورة، ومنه كان زواج الميسار جائزاً، لقيامه أساس على هذا المعنى من الإسقاط في الحقوق.

- ما جاء في الصحيح عن النبي ﷺ، فيما رواه عنه عقبه بن عامر رضي الله عنه، أنه قال: «أحق الشروط أن توفوا به، ما استحللتم به الفروج»⁵، فالحديث النبوي نص في وجوب الوفاء بالشروط التي يتوضعها العاقدان، وأحق العقود بالوفاء ما تعلق منها بولية الفروج والأبضاع؛ وعليه فاشتراط الزوج على زوجته إبراء من حقها في العدل في القسم، أو النفقة، من الشرائط التي يتأكد الوفاء بها عليها⁶.

من المعقول:

1 - [سورة النساء: الآية 04]

2 - [سورة النساء: الآية 128]

3- أخرج البخاري في صحيحه عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: " عن عائشة رضي الله عنها: ﴿وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُورًا أَوْ إِعْرَاضًا﴾، قالت: " هي المرأة تكون عند الرجل لا يستكثر منها، فيريد طلاقها ويتزوج غيرها، تقول له: أمسكني ولا تطلقني، ثم تزوج غيري، فأنت في حل من النفقة علي والقسمة لي، فذلك قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾. البخاري، الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً، ج 7، ص 33.

4 - البخاري، الجامع الصحيح، مرجع نفسه، كتاب الهبة وفضلها، باب هبة المرأة لغير زوجها وعتقه، ج 3، ص 159.

5 - البخاري، الجامع الصحيح، مرجع نفسه، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، ج 3، ص 190.

6 - الغفيلي، عبد الرحمن: حكم زواج الميسار، مرجع سابق، ص 169 وما بعدها.

-لما كان معقد قيام العقد توافر أركانه وشروطه، فإن زواج الميسار عقد شرعي مستجمع الأركان والشرائط، والإبراء الحاصل في حق السكنى والنفقة والبيتوتة عن طيب نفس من الزوجة، لا يخل بمقتضى العقد ولا ينافيه¹.

-إن في زواج الميسار من المصالح المحققة، والمفاسد المدروءة، ما يجعله مطلوباً شرعياً، ومقصداً إسلامياً هاما لهذا العصر، الذي أضحت فيه الكثير من لساء ميسورات الحال، ولم تسعفها الحظوظ في افتتاح بيت أسرى، تعف به نفسها، وتحفظ به خلقها من فتن ومغريات النفس والشهوة الجارحة التي اكتسحت البيوت. يقابل ذلك قلة ذات اليد لدى الكثير من الرجال، بسبب خروج المرأة إلى العمل، وصعوبات الحياة، وكثرة متطلباتها؛ فكان الحق يقتضي تحقيق مقصد العفاف، عن طريق تنازل المرأة الميسورة عن بعض حقوقها، للرجل الذي تعوزه الظروف عن تلبيتها. ولا ريب أن تحقيق مقصود الزواج أعظم في عين الشرع، وأولى من إثبات بعض الحقوق المترتبة عليه، فكان الصواب يقتضي القول بإجازة عقد الميسار، وإمضاء الشروط المتضمنة به، مادام مستوف لأركانه وباقي شرائطه².

-وأما وجه الكراهة في هذا الزواج، فهو بسبب خنقه لمبدأ التوازن الزوجي الذي تقوم عليه الأسرة، على النحو الذي رسمه لها القرآن الكريم، من خلال قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾³.

ج-الرأي الثالث: التوقف في زواج الميسار

توقف بعض أهل العلم والفتيا في الحكم عن هذا النوع من الزواج، بسبب ما تتلبسه من مضار، وللاحتياج فيه إلى مزيد تأمل، وفضل نظر. ومن هؤلاء محمد بن صالح العثيمين، وعمر بن سعود العيد، الأستاذ بكلية أصول الدين في جامعة الإمام محمد بن سعود، ومحمد فالح مطلق الأستاذ بجامعة اليرموك الأردنية، وغيرهم⁴.

1 - البنا، محمد عبد اللطيف: المقاصد الشرعية للأنكحة العصرية تطبيقات على الفتاوى المعاصرة، مؤتمر التفكير العلمي وقيم التقدم في الأسرة، مصر، 2009م، ص 481.

2 - عارف، علي عارف: زواج الميسار، رؤية إسلامية، مرجع سابق، ص 136 وما بعدها. البنا، محمد عبد اللطيف: المقاصد الشرعية للأنكحة العصرية تطبيقات على الفتاوى المعاصرة، مرجع سابق، ص 482.

3 - [سورة البقرة: الآية 228]

4 - القحطاني، محمد بن سعيد بن عبد الله آل مثير: المعيار في بيان أقسام نكاح الميسار، مرجع سابق، ص 275. هوساوي، سلمى بنت محمد: مسائل في المستجدات في النكاح، مرجع سابق، ص 2664. الأشقر، أسامة: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 183.

فقد استفتي محمد بن العثيمين في المسألة فقال ما نصه: "كنا نتهاون في أمره، ونقول إن شاء الله ليس فيه بأس، ثم تبينا فأمسكنا عن الإفتاء به، لأننا نخشى من عواقب وخيمة في هذا الزواج، لذا أمسكنا عن الإفتاء به"¹.

أما عمر بن سعود العويد فقد نوه -بعد إيراد مختصر لأدلة المجيزين له- إلى توقف عدد من كبار العلماء في إجازته، بسبب التخوف من المخاذير المحتملة له، مما يستدعي تعميق الدراسة بشأنه على نحو تفصيلي دقيق، لسبر غور تلك المساويء، ورصد أثرها الاجتماعي على الكيان الأسري، للتحقق من كون اتجاه الناس إلى هذا النوع المبتدع من الزيجات يعد ظاهرة صحية محمودة أم مرضية مذمومة، ولم يعط الأستاذ حكماً بينا في المسألة مما يدل على توقفه فيها².

وهو ذات ما اختاره فالج مطلق -لما سئل عن حكم زواج الميسار- حيث قال: "أميل إلى التوقف في المسألة، فهو لا يعد زناً حتى نجزم بجرمته، ولا نقول بإباحته لما فيه من المضار الخطيرة، ودرء المفسد مقدم على جلب المصالح"³.

الترجيح:

والذي يظهر للباحث -بعد هذا العرض لكل من أدلة المجيزين، والممانعين، وأصحاب التوقف- أن الواجب في هذا النكاح منعه -رغم صحة العقد فيه-، أخذاً بفقهاء المآلات، وسداً للذريعة من المفسد الجملة، التي يمكن أن تنشأ عنه، والتي من شأنها تقويض الأهداف السامية للزواج، وتحطيم مقاصده النبيلة، وجعله ألعوبة في يد العابثين والباحثين عن المتعة الجنسية، بعيداً عن أي التزام أو مسؤولية.

فالإجماع منعقد بين العلماء بنصوص الشرع القطعية على إلزامية النفقة، والسكن، والعدل في القسم، فكيف يتم التنازل عن هذه الحقوق الثابتة، والتي لا تقبل الإسقاط، لمجرد رضا صادر عن امرأة مغلوب على أمرها، بسبب القهر، والحرمان الاجتماعي الذي تعانيه.

كما أن الإبراء عن مثل هذه الحقوق لا يكون إلا بعد ثبوتها في الذمة، وفق ما هو مبين بالفقه، والاتفاق حاصل بين الفقهاء على منع الإبراء المستقبلي في ذلك، لعدم وجود الحق، فلا يتصور ورود الإسقاط عليه، كإسقاط الشفعة قبل البيع، وإسقاط الحاضنة حقها في الحضانة قبل وجوبها، بخلاف

¹ - الغفيلي، عبدالرحمن بن صالح بن محمد: حكم زواج الميسار، مرجع سابق، ص 161.

² - المطلق، عبد الملك: زواج الميسار، مرجع سابق، ص 124. الأشقر، أسامة: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 183.

³ - القحطاني، محمد بن سعيد بن عبدالله آل مثير: المعيار في بيان أقسام نكاح الميسار، مرجع سابق، ص 275. المطلق، عبد الملك: زواج الميسار، مرجع سابق، ص 124.

الإعفاء والتنازل عن حق ثابت¹. وإذا كان أقوى ما استند إليه الفريق المجوز لهذه الزيجة المبتدعة هو تنازل سودة رضي الله عنها لعائشة رضي الله عنها عن ليلتها، فإنه لا ينهض دليلاً لتجوز المسيار، إذ أن حق المبيت لم يكن محل مشاركة قبل زواجها من رسول الله ﷺ، ولا مع العقد، بل وقعت هبته منها بعد ملكها إياه، فلما "كانت مالكة له جاز لها هبته، مثله مثل المهر، فإذا ملكته المرأة جاز لها أن تحبه للزوج، أو جزءاً منه لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنَيْبًا مَّرِيًّا﴾².

وإذا كان مبتناهم العقلي، لإباحة مثل هذا الزواج هو تحقيق مقصد الإعفاف للنساء المكدرات بالبيوت، والحد من ظاهرة العنوسة المستفحلة في المجتمعات العربية والمسلمة، فإن هذه الدعوى مردودة؛ كون نسبة النسوة الميسورات من هؤلاء العوانس مقدور ومحدود، فإذا أتيح لنا علاج هذا العدد المحدود من العنوسة، فمن للنسبة الكبرى الباقية من العوانس! ثم من يضمن ألا ينقلب هذا العلاج إلى فتح أبواب شرور اجتماعية أعظم، وتوسيع نطاق مفاستها؛ بتكثير عدد المطلقات، وتشريد الأبناء، وإهمال تربيتهم، بل وإنكار حقوقهم الشرعية في النسب، والنفقة، والرعاية، والتوجيه... سيما في هذا الزمن الذي ضاعت فيه القيم، وانهدمت المهتم، وضعف فيه الدين، وكلّ فيه الضمير، ووهن فيه الوازع، وذاع فيه أصحاب النفوس المريضة والضعيفة أمام متع الدنيا الهائجة، وشهواتها المتلاطمة، بعيداً عن الرقابة الشرعية. وكل ذلك - بلا ريب - معين على إشاعة الخنا في المجتمع، وإذاعة الرذيلة باسم الدين وباسم الشرع³.

وإذا كان هناك من وجه لإباحة مثل هذا الزواج؛ فينبغي حصره في حد الضرورة المتعذر معها الإحصان كحال الاغتتاب، وكثرة السفر، وقلة يد الزوج.. مع الإلزام بتسجيل العقد وتوثيقه حفاظاً للحقوق، ومنعاً به عن الكتمان والسر، ودرءاً لمظنة الزنا، وينبغي على المفتي بذلك أن يتبصر حال الزوجين، وأن ينظر مدى صدق طوية طالب الزواج، وحقيقة الباعث عليه، والظروف الملازمة لكل حالة، فهي مما يقع به الاختلاف الكثير بين الوقائع والأشخاص.

2- حكم نكاح المسيار في قانون الأسرة

1 - الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط1، 1313هـ، ج 3، ص 55. ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج 4، ص 97. القرافي: الفروق، مرجع سابق، ج 1، ص 199. الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج 10، ص 379. الخطيب الشربيني: الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع، مرجع سابق، ج 4، ص 146. الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج 40، ص 304.

2 - [سورة النساء: الآية 04]

3 - زرار، ملكة يوسف: موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية، مرجع سابق، ص 219.

لم يرد في قانون الأسرة الجزائري أي نص تنظيمي صريح لهذا النوع المستجد من الزواج، رغم بدء ذبوعه في المجتمع الجزائري¹، بيد أن القواعد العامة لقانون الأسرة التي تجيز للزوجين أن يضمنا عقد الزواج، أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريها ضرورة لتنظيم سير حياتهما الخاصة مستقبلا. وضبطت صحة هذه الشروط بعدم تنافيا مع أحكام هذا القانون، كما هو نص المادة 19 في نسختها المعدلة²، فللزوجة أن تشتري على زوجها تسليمها صداقها، أو إمساكها بالمعروف، أو الإنفاق عليها، أو السماح لها بالعمل، أو عدم التعدد عليها. كما للزوج أن يشترط على زوجته طاعته، أو حق القوامة له، أو إرضاعها لولده وتربيته، وغيرها من الشروط التي لا تتصادم وأحكام القانون الأسري الجزائري.

وقد جعل المشرع للزوجة الحق في طلب التخليق في حال الإخلال بنود الاشتراط المتفق عليه في عقد الزواج، بنص المادة 53 من ذات القانون. وهو عين ما كان مكرسا بالاجتهاد القضائي قبلا، فقد قرر المجلس الأعلى في قرار مؤرخ له في 1972/03/03: "حيث أنه من المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة، بشرط ألا تحلل حراما، أو تحرم حلالا، وشروط ألا تناقض روح العقد، وحيث أن قضاة الموضوع بعد أن استبعدوا التهم التي أسندت إلى الزوج استنتجوا من الوقائع، ومن الوثائق، بما لهم من سلطة تقديرية، أن الزوج بإصراره على إخراج زوجته من بلدها، يعتبر محلا بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج، والتي التزم بها الزوج، مما يترتب عليه فك العصمة، وعليه فإنهم لم يخالفوا أحكام الفقه الإسلامي ويعتبر الوجه غير سديد"³. كما قدر التطبيق القضائي أن موافقة بعض الشروط لمقتضى العقد، وما يستوجب من حقوق شرعية مغن لها عن واجب الذكر في العقد، ويمكن بالتالي المطالبة بها ولم لم يجر لها ذكر بالعقد سلفا؛ ومنه فقد نعى المجلس الأعلى في قراره رقم 38331 على قضاة الاستئناف تعسفهم، وهضمهم لحق الزوجة الثابت في السكن المستقل عن أهل الزوج، وإلزامها بالسكن مع زوجها بمنزل عائلته، بسيدي داود، بدعوى عدم اشتراطها له قبلا في

1 - قدرت بعض المراسد الإعلامية والاجتماعية أن هذا النوع من الزيجات مرجح له أن يكون من بين الخيارات الأساسية للمجتمع الجزائري، بما معدله 30% من كالمجموع الكلي للزيجات المبرمة سنويا، وينتشر زواج المسيار عادة بين أوساط الشباب سيما الطلبة منهم، والذي يرون فيه الملاذ والخلاص من إرهاقات الزواج العادي وتبعاته المادية الثقيلة، كما أن البعض منهم ينحو به إلى تبرير العلاقات المشبوهة وغير الشرعية التي يجربها مع فتيات أجنبيات عنه، وفي كل الأحوال فإن هذا النوع المستحدث من الزواج تبقى تطبعه السرية التامة بسبب جدته من جهة وخوفا من كلام الناس من جهة ثانية. ينظر: موافي، سميرة: جزائريون يلجئون إلى زواج المسيار لتبرير ارتباطاتهم المشبوهة، جريدة النهار، الجزائر، 02 سبتمبر 2007. مقال منشور على الموقع:

. تاريخ الاطلاع 12-06-2015-9232015 www.ennaharonline.com/ar/?news=9232015

2 - نصت المادة 19 - في صورتها القديمة - على أنه: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريها، ما لم تتنافى مع هذا القانون".

3 - قرار المجلس الأعلى، الصادر بتاريخ 1971/03/03، النشرة القضائية، ع 2، 1972، ص 39. قرار المحكمة العليا رقم 358665، الصادر بتاريخ 2006/04/12، مجلة المحكمة العليا، ع 1، 2006، ص 491.

العقد، فضلا عن وجود أزمة في السكن بالجزائر العاصمة، وقرر بأنه: "متى كان من الأحكام الشرعية أن للزوجة الحق في مطالبة زوجها بإسكانها منفردة ومستقلة عن أهله، ولو لم تكن قد احتفظت بهذا الحق حين إبرام عقد الزواج، أو سبق أن اشتكت بسبب الضرر الذي لحق بها منهم، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لما أقرته من مبادئ وعليه يستوجب نقض القرار الذي ألزم الزوجة باستئناف الحياة الزوجية مع زوجها بمنزل أهله بسبب أزمة السكن السائدة في العاصمة"¹. بينما اعتبرت المحكمة العليا - في اجتهاد آخر لها - أن شرط العذرية لا يؤخذ بعين الاعتبار إلا إذا كان قد اشترطه الزوج صراحة في عقد الزواج، ومن ثم عاب قرارها رقم 243417 على قضاة الموضوع قضاءهم بتحميل الزوجة الطاعنة مسؤولية الطلاق وحرمانها من التعويض بدعوى عدم البكارة، واعتبرته قصورا في التسيب يستوجب النقض، وقرر بأن: "البناء بالزوجة ينهي كل دفع بعد العذرية إلا أن يقع اشتراط ذلك بلفظ صريح في عقد الزواج"².

وخارجا على قاعدة الإلزام، كرس التنزيل القضائي مبدأ الإعفاء الزوجي من بعض الشروط الجعلية إذا دخلت دائرة الكراهة، وكان فيها التحجير على حقوق الغير، سيما الزوجين منهم؛ وعليه فقد قرر المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1988/06/20 بأن: "من المقرر شرعاً أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه، والذي يدخل في باب الكراهة لما فيه من التحجير لا يلزم الزوج به ولا يؤثر في عقد الزواج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للأحكام الشرعية.

وكان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع ألزموا الزوج بالعرف بتعهده البقاء بزوجته بالعاصمة، يكونوا بقضائهم كذلك قد خالفوا أحكام الشريعة وقد فرضوا عليه قيوداً هو مخير فيه، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه"³. فالمبدأ المستقر عليه اجتهاداً أن تتابع الزوجة زوجها في المعيشة حيث تيسر له ذلك"⁴.

وإذا كان مؤدى زواج المسيار اشتراط الزوج - صراحة أو ضمناً - إعفائه من أهم الالتزامات المادية المترتبة عن عقد الزواج بقوة القانون (من النفقة، والسكن، والمسؤولية الشرعية في إعفاف زوجته، والقسم لها)، فإن هذا الاشتراط يتضمن - ولا ريب - تناف صريح مع أحكام قانون الأسرة، سيما ما تعلق منه بأحكام النفقة الواجبة للزوجة المنصوصة بالمادة 74 منه، والتي تنص على أنه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها، أو دعوتها إليه بيينة". وكذا المادة 78 التي تنص على وجوب توفير سكن للزوجة،

1 - قرار المجلس الأعلى رقم 38331، الصادر بتاريخ 1985/11/04، المجلة القضائية، ع 1، 1989، ص 101.

2 - قرار المحكمة العليا رقم 243417، الصادر بتاريخ 2000/05/23، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية - عدد خاص، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000، ص 109.

3 - قرار المحكمة العليا رقم 49575، الصادر بتاريخ 1988/06/20، المجلة القضائية، ع 2، 1991، ص 54.

4 - بلحاج، العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، وفق آخر التعديلات، مرجع سابق، ج 1، ص 152.

باعتباره أحد مشتزمات النفقة الزوجية، فضلا عن مخالفة هذه الشروط لأحكام المادة 8 من ذات القانون، والتي تقرر وجوب توافر نية العدل لدى الزوج المعدد. ومنه فبالوسع القول بأن الشروط المتضمنة بزواج المسيار ليست قانونية بمفهوم المادة 19¹، وعليه فإنه لا يجوز لضابط الحالة المدنية، ولا للموثق إدراج مثل هاته الشروط ضمن بنود عقود الزواج أثناء إبرامها، ولا في عقود رسمية لاحقة، لا سيما وأن نص المادة عام وشامل لكل الشروط المنافية لأحكام القانون، ولأن المشرع الجزائري لم يمنح الموظف المؤهل لتحرير عقد الزواج أية سلطة تخوله حق مراقبة تحقق أو عدم تحقق هذه الشروط، ولم يمنحه حق رفض تحرير العقد عند عدم توفرها، فإن المشكلة تثار بشأن الأثر القانوني المترتب على قيام عقد الزواج على مثل هاته الشروط، فإنه وبالرجوع إلى أحكام المادة 32 من قانون الأسرة، فإننا نجد أنها تبطل العقد والشرط معا، إذا كان متنافيا ومقتضيات العقد. بينما تنص المادة 35 منه على تصحيح العقد، وإبطال الشرط المنافي؟!

ولدفع هذا التعارض التشريعي، لا بد من بحث وتفسير مراد المشرع، ومقصوده من الحالتين المنصوصتين بالمادتين 32 و35 من قانون الأسرة؛ والذي يتبدى -ابتداء- أن مقصد المشرع من الشروط المبطللة للعقد ليست المنافية لمقتضى العقد بالإجمال، مجرد مخالفتها للالتزامات القانونية المترتبة عن العقد ذاته، بل إن الإبطال ههنا مختص -حصرا- بالشروط التي تمس بأصل العقد وروحه؛ فالتى تمس بأصل العقد من مثل اشتراط الخيار في العقد، أو إسقاط ركن الرضا،... أما التي تمس بروح العقد فهي من شاكلة الشروط التي تخالف القصد الشرعية الجوهرية المتوخاة من الزواج، كأن يشترط فيه تأقيت الزواج الذي قوامه على التأيد، أو يشترط عدم الوطء، أو الطلاق من ساعته، أو عدم الإنجاب... فهذه الصور ومثيلاهما من الشروط الجعلية تعدم المقاصد الأساسية التي يبنى عليها الزواج من الدوام والمودة والرحمة والمحبة والنسل...

وعليه فالواجب إعادة النظر في الصياغة المعيبة لنص المادة 32، والتي يجب تعديلها، واستبدال لفظة المقتضيات فيها بعبارة "أصل وروح عقد الزواج"². وتدرج -بدل ذلك- لفظة "المقتضيات" في نص المادة 35، التي نظمت الشروط الباطلة³، والتي يصح معها العقد، لعدم إخلالها بالمقصود الأصلي له -كما هو مثبت بالفقه- بل إن مخالفتها تتركز في مضادة، ومعارضة المسؤوليات، والالتزامات الشرعية الناشئة عن هذا العقد؛ كاشتراط إسقاط النفقة، والإعفاء من السكن كما الحال في عقد نكاح المسيار، ومنه يمكن القول بأن هذه الصيغة المستحدثة من الزيجات تقع الشروط المتضمنة بها باطلة، ويصحح العقد، ولا يجري من الإسقاطات المتضمنة به شيء منها بتاتا، وفقا لنص المادة 35 من قانون الأسرة⁴.

1 - خصوصا إذا كانت الزوجة الأولى قد اشترطت عدم التعدد عليها، وهو الشرط الذي صرح به نصا التعديل الجديد للمادة 19 من قانون الأسرة.

2 - ينظر قرار المجلس الأعلى السالف الذكر، الصادر بتاريخ 1971/03/03.

3 - بن شويخ، الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2009م، ص 129.

4 - بلحاج، العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، وفق آخر التعديلات، مرجع سابق، ج1، ص 155.

المطلب الثاني: المسائل المتعلقة بإبرام عقد الزواج

نرصد في هذا المطلب بعض النوازل التطبيقية والصور العملية للوقائع المستجدة بخصوص الأشكال الحادثة في إنشاء عقود الزواج إنحائها، وسنقصر الدراسة على إبرام عقود الزواج وحلها عبر الوسائط الحديثة.

الفرع الأول: أثر إسلام الزوجة على عقد النكاح

أسهم الانتشار الواسع للدين الإسلامي في مشارق الأرض ومغاربها إلى دخول الناس فيه أفواجا، ولعل حظ النساء في ذلك أكثر بكثير من نصيب الرجال الوفدين، وهذا ما يثير إشكالات عديدة بشأن المركز الشرعي والقانوني المستجد بإسلام المتزوجات منهن تجاه أزواجهن إذا ما بقوا على دين الكفر، وما الحكم الشرعي لمن أصرت منهن على البقاء مع زوجها وحرصت على الحفاظ على بيتها، حرصها على دينها الجديد، استبقاءً لطيب العشرة والمودة التي ألفتها في ذلك من تلك الزيجة؟ فهل يصر في التنزيل التطبيقي للأحكام الشرعية والقانونية إلى القول بانفصام العلاقة الزوجية مجرد إسلامها، مع ما في ذلك من المشاققة للمرأة المسلمة حديثا، والتعنت على دخولها الدين والتعويق فيه والتنفير منه، أم أن في الفقه الإسلامي والنظر الاجتهادي المقاصدي أوجها تطبيقية آخر تفي بحل هذه المشكلة العويصة، بما يراعي الواقع الحاصل، ويحفظ لهذا الدين شرعية أحكامه، ويكرس صحيح قواعده، وصادق ثوابته، ويحمي المصلحة الراجحة لهؤلاء النسوة من الإعنت، ويحول دون تلكؤهن عن دخول هذا الدين خشية التضحية بالزوج والأهل كشرط للإسلام؟؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه في هذا الفرع على وفق التالي:

أولا- الحكم الفقهي لإسلام الزوجة وأثره على عقد نكاحها:

اتفقت كلمة الفقه قديما وحديثا على أنه لا يجوز نكاح المسلمة للكافر ابتداء لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ تُؤْمِنَ ۚ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ ۗ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ ۗ﴾¹، وعليه فإذا أسلم الزوجان معا، ولم يكن بينهما مانع من الموانع الزوجية في دم أو رضاع أو مصاهرة فهما على نكاحهما الأول لاتفاق الدين المشروط بالآية². غير أن الخلاف منعقد بين الفقهاء في حال إسلام المرأة وحدها دون زوجها، وذلك على تسعة اقوال هي:³

1 - [سورة البقرة: الآية 221]

2 - يقول ابن عبد البر في التمهيد: "أجمع العلماء أن الزوجين إذا أسلما معا في حال واحدة أن لهما المقام على نكاحهما إلا أن يكون بينهما نسب أو رضاع يوجب التحريم". ابن عبد البر، أبو عمر: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، د.ط، 1387هـ، ج 12، ص 23.

3 - ابن القيم: أحكام أهل الذمة، رمادى للنشر، السعودية، ط 1، 1997، ج 2، ص 642 وما بعدها. كاسب، مصطفى: إسلام الزوجة وبقاء الزوج على دينه، مجلة دار الافتاء، مصر، ع 1، يوليو 2009م، ص 368 وما بعدها.

1-القول الأول:

ويذهب إلى الأخذ بأن النكاح يفسخ بمجرد إسلام الزوجة، سواء كانت كتابية أم غير كتابية، وسواء أسلم الزوج بعدها بطرفة عين أو أكثر أو لم يسلم، ولا سبيل له عليها إلا بإسلامها معا في آن واحد، أو بابتداء نكاح جديد في حال تأخر إسلام الزوج، وهو مذهب جماعة من التابعين وبعض أهل الظاهر، وحكاها ابن حزم عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وجابر بن عبد الله رضي الله عنه، وعبد الله بن عباس رضي الله عنه، وحماد بن زيد، والحكم بن عتيبة، وسعيد بن جبير، عمر بن عبد العزيز، والحسن البصري، عدي بن عدي، وقتادة، والشعبي، وابن شبرمة، وهو قول أبي ثور¹.

ومستندهم في ذلك آي من القرآن الكريم، وجملة آثار مروية عن بعض الصحابة والتابعين، نوردها ههنا:

-فأما من القرآن الكريم، فقوله تعالى في سورة الممتحنة: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَءَاثُوهُمْ مَّا أَنفَقُوا وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنكِحُوهُنَّ إِذَا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكُوفَارِ وَسَلُّوا مَّا أَنفَقْتُمْ وَلَيْسَلُوا مَّا أَنفَقُوا ذَٰلِكُمْ حُكْمُ اللَّهِ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴿١٣﴾²، فالآية نص في حرمة المرأة التي أسلمت على زوجها المشرك بدليل نهي الله تعالى للمؤمنين من إرجاع المسلمات إلى الكفار، وإجازة الزواج بهن.

-وأما دليلهم من الآثار المروية؛ فما رواه عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده « أن النبي ﷺ رد بنته على أبي العاص بمهر جديد ونكاح جديد»³.

-وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه « أن جدّ وجدّة يزيد بن علقمة كانا نصرانيين، فأسلمت جدّته، ففرق عمر رضي الله عنه بينهما»⁴.

-ما رواه عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه في النصرانية تكون تحت النصراني، فتسلم المرأة، قال: «لا يعلو النصراني المسلمة، يفرق بينهما»⁵.

1 - ابن حزم: المحلى بالآثار، مرجع سابق، ج 05، ص 368 وما بعدها.

2 - [سورة الممتحنة: الآية 10]

3 - قال أحمد هذا حديث ضعيف، وقال الترمذي في اسناده مقال. أحمد: مسند أحمد، مرجع سابق، مسند بني هاشم، مسند عبد الله بن عمرو، ج 06، ص 405. الترمذي: السنن، مرجع سابق، كتاب أبواب النكاح، باب ما جاء في الزوجين المشركين يسلم أحدهما، ج 3، ص 439.

4 - ابن حزم: المحلى بالآثار، مرجع سابق، ج 05، ص 371. ابن القيم: أحكام أهل الذمة، مرجع سابق، ج 2، ص 648.

5 - الصنعاني، عبد الرزاق: مصنف عبد الرزاق الصنعاني، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب النصرانيين تسلم المرأة قبل الرجل، ج 7، ص 173.

- ما روي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أنه قال: «نساء أهل الكتاب لنا حل، ونسأؤنا عليهم حرام»¹.

- ما صح عن الحكم بن عتيبة أنه قال في المجوسيين يسلم أحدهما: «فرّق بينهما»².

- ما روي عن سعيد بن جبير في نصرانية أسلمت تحت نصراني قال: «يفرق بينهما»³.

- ما صحّ عن عطاء وطاوس ومجاهد والحكم بن عتيبة في كافرة تسلم تحت كافر، قالوا: «قد فرق الإسلام بينهما»⁴، وصحّ مثله عن عمر بن عبد العزيز⁵.

2- القول الثاني:

فرق أبو حنيفة بين كون إسلامها بدار الإسلام أو دار الحرب؛ فإن كانت أسلمت بدار الإسلام عرض الإسلام على زوجها فإن أسلم بقيا على نكاحهما، وإن أبي الدخول في الإسلام فتقع الفرقة من حينها، ولا تراعى العدة في ذلك. وكذلك الحال إذا كانت في دار الحرب، وخرجت منها إلى دار الإسلام مسلمة أو معاهدة، فتنقطع العصمة ساعة دخولها الينا، أما إن بقيت بدار الحرب فتتربص ثلاث حيض فإذا انقضت وقعت الفرقة، وسبب التفرقة بين الدارين أن يد إمام المسلمين لا تصل إلى الزوج المصّر ليعرض عليه الإسلام، ويحكم بالفرقة عند ابائه، فتقام الثلاث حيضات مقام ثلاث عرضات في تقرر سبب الفرقة⁶. واستدلوا لذلك بجملة أدلة هي:

1- آية امتحان المهاجرات في خمس مواطن هي:

أ- قوله تعالى: ﴿فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ﴾، ووجه الدلالة أن النكاح لو كان باقيا لردّت المؤمنات

المهاجرات إلى أزواجهن، لأنهم أولى بالإمساك حيث كنّ الزوجات، فلما جاء النهي عن الإرجاع

دلّ على انقطاع العصمة وارتفاعها⁷.

ب- قوله تعالى: ﴿لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾.

1 - الصنعاني، عبد الرزاق: مصنف عبد الرزاق الصنعاني، مرجع نفسه، كتاب الطلاق، باب نكاح نساء أهل الكتاب، ج 7، ص 178.

2 - ابن أبي شيبة، المصنف، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب ما قالوا في المجوسيين يسلم أحدهما قبل صاحبه، ج 4، ص 114.

3 - ابن أبي شيبة، المصنف، مرجع نفسه، كتاب الطلاق، باب ما قالوا في المرأة تسلم قبل زوجها، ج 4، ص 106.

4 - ابن أبي شيبة، المصنف، مرجع نفسه، كتاب الطلاق، باب ما قالوا في المجوسيين يسلم أحدهما قبل صاحبه، ج 4، ص 105 و 106.

5 - روى الصنعاني في مصنفه ان عمر بن عبد العزيز كتب في المرأة تسلم قبل زوجها "إذا أسلمت قبله خلعهما منه الإسلام، كما تخلع الأمة من العبد إذا اعتقت قبله". الصنعاني، عبد الرزاق: مصنف عبد الرزاق الصنعاني، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب متى ادرك الإسلام من نكاح او طلاق، ج 7، ص 172.

6 - ابن الفرقد: السير الصغير، مرجع سابق، الدار المتحدة، لبنان، د.ط، د.ت، ص 186. السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، لبنان، د.ط،

1993م، ج 5، ص 51 وما بعدها. المرغيناني: الهداية في شرح بداية المبتدي، مرجع سابق، ج 01، ص 214.

7 - الجصاص: شرح مختصر الطحاوي، دار البشائر الإسلامية، السعودية، ط1، 2010م، ج 07، ص 164.

- ج- قوله تعالى: ﴿وَعَاثُوهُمْ مَّا أَنْفَقُوا﴾، قال الجصاص في أحكامه: "أمر برد مهرها على الزوج، ولو كانت الزوجية باقية لما استحق الزوج رد المهر، لأنه لا يجوز أن يستحق البضع وبدله"¹.
- د- قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾، فلو كان النكاح الأول باقيا ما جاز للمسلمين نكاحها².
- و- قوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكُوفِرِ﴾، فأوجبت الآية قطع العصمة بينها وبين زوجها الكافر بخروجها إلى دار الإسلام³.

2- قصة سبايا أوطاس؛ فقد روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ يوم حنين بعث جيشا إلى أوطاس، فلقوا عدوا فقاتلوهم فظهروا عليهم، وأصابوا لهم سبايا، فكأن ناسا من أصحاب رسول الله ﷺ تخرجوا من غشيانهم من أجل أزواجهن من المشركين فأنزل الله عزوجل في ذلك: "وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ"⁴، أي فهن لكم حلال إذا انقضت عدتهن⁵. ووجه الاحتجاج بالحديث أن وقوع الفرقة ههنا لا يخلو من التعلق بأحد أمور ثلاث: إما إسلامها، أو اختلاف الدار، أو حدوث الملك، فإذا كان الاتفاق حاصلًا على أن الإسلام لا يوجب الفرقة في الحال، وأن طرو الملك لا يرفع النكاح، بدلالة أن الأمة إذا بيعت لم تقع الفرقة، فلم يبق وجه لإيقاع الفرقة إلا بتباين الدار⁶.

3- ما رواه عبد الرزاق الصنعاني عن الشعبي أن عليا رضي الله عنه قال: «هو أحق بما ما لم يخرجها من مصرها»⁷، ودلالة الأثر -عند الحنفية- على أن ذلك مقترن بكون الزوجين في دار واحدة، ومتى اختلفت بهما الدار فصار أحدهما في دار الحرب والأخر في دار الإسلام بانته منه زوجه⁸.

3- القول الثالث:

- 1 - الجصاص: أحكام القرآن، مركز البحوث الإسلامية التابع لوقف الديانة التركي، تركيا، ط1، 1993م، ج 03، ص 585.
- 2 - الجصاص: شرح مختصر الطحاوي، مرجع سابق، ج 07، ص 165.
- 3 - الجصاص: شرح مختصر الطحاوي، مرجع نفسه، ج 07، ص 165.
- 4 - [سورة النساء: الآية 24]
- 5 - مسلم، صحيح مسلم، مرجع سابق، كتاب الرضاع، باب جواز وطء البسية بعد الاستبراء، ج 2، ص 1079.
- 6 - الجصاص: أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 05، ص 329.
- 7 - الصنعاني، عبد الرزاق: مصنف عبد الرزاق الصنعاني، مرجع سابق، كتاب أهل الكتاب، باب النصرانيين المرأة تسلم قبل الرجل، ج 6، ص 84.
- 8 - الجصاص: أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 05، ص 329.

راعى أصحابه حالة الزواج، فإن كانت قبل الدخول فرّق بينهما، وإن كان إسلامها بعد البناء، فإن أسلم في عدتها فهو أحق بها، وإن أسلم بعدها لا يقر عليها، ويطل النكاح لأن إسلامه كالرجعة، ولا رجعة بعد انقضاء العدة، وبه قال مالك¹، والشافعي²، وأحمد³، والليث وهو مذهب الأوزاعي والزهري⁴. ومستندهم في ذلك قائم على اختلاف الدين لا الدار لقوله تعالى في سورة الممتحنة: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مَهْجِرَاتٍ فَاْمْتَحِنُوهُنَّ ۗ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ ۗ﴾⁵، فالمعتبر -عندهم- بحسب النص هو منع الردّ بسبب الايمان واختلاف الدين، وفي ذلك يقول الشافعي: "ولا تصنع الدار في التحريم والتحليل شيئاً، إنما يصنعه اختلاف الدينين"⁶. وعليه فإن كان إسلام الزوجة قبل البناء عليها حرم ارجاعها إلى زوجها، وتعجلت الفرقة بينهما بإسلامها لاختلاف الدين كالردة، أما المدخول بها فإن علة مراعات عدتها هو أن كل سبب إذا وجد بعد الدخول لم تقع به الفرقة إلا بانقضاء العدة كالطلاق الرجعي⁷، فلا تنتجز الفرقة مدة العدة، ويشهد لذلك ما رواه مالك في موطنه عن ابن شهاب أنه قال: "كان بين إسلام صفوان، وبين إسلام امرأته نحو من شهرين"⁸، وأن "أم حكيم بنت الحارث بن هشام رضي الله عنها، وكانت تحت عكرمة بن أبي جهل، فأسلمت يوم الفتح وهرب زوجها عكرمة بن أبي جهل من الإسلام حتى قدم اليمن فارتحلت أم حكيم حتى قدمت عليه باليمن فدعته إلى الإسلام فأسلم، وقدم على رسول الله ﷺ عام الفتح فلما رآه

1 - ابن شاس: عقد الجواهر الثمينة، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، المغرب، ط 1، 2003م، ج 2، ص 444. ابن جزى، القوانين الفقهية، دار النفائس، لبنان، ط 1، 1425، ص 132. ابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة، مكتبة الرياض، السعودية، ط 2، 1980، ص 248 و 249.

2 - المارودي: الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج 09، ص 258. الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، لبنان، د.ط، د.ت، ج 02، ص 256. ابن سالم، يحي، البيان في مذهب الامام الشافعي، دار المنهاج، السعودية، ط 1، 2000، ج 09، ص 330.

3 - المروزي، إسحاق: مسائل الامام أحمد و إسحاق بن راهوية، عمادة البحث العلمي، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، السعودية، ط 1، 2002م، ج 4، ص 1765. الخرقى، مختصر الخرقى، دار الصحابة للتراث، لبنان ط 1، 1993م، ص 103. ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 153.

4 - الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، دار البشائر الإسلامية، لبنان، ط 2، 1413هـ، ج 2، ص 336. ابن حزم: المحلى بالآثار، مرجع سابق، ج 05، ص 369. ابن المنذر، الاشراف على مذاهب العلماء، مرجع سابق، ج 5، ص 250.

5 - [سورة الممتحنة: الآية 10]

6 - الشافعي: الأم، مرجع سابق، ج 5، ص 48.

7 - القرافي، أبو العباس: الذخيرة، مرجع سابق، ج 4، ص 329. النفراوي، أحمد: الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، لبنان، د.ط، 1995م، ج 2، ص 26. المارودي: الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج 09، ص 261 وما بعدها. ابن سالم، يحي، البيان في مذهب الامام الشافعي، مرجع سابق، ج 12، ص 314. ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 156.

8 - ابن أنس، مالك: الموطأ، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب نكاح المشرك إذا أسلمت زوجته قبله ثم أسلم، ج 1، ص 597.

رسول الله ﷺ وثب إليه فرحاً، وما عليه رداء حتى بايعه فثبتنا على نكاحهما ذلك"¹.

وثبت عن ابن شهاب أنه قال: "ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت إلى الله ورسوله، وزوجها كافر مقيم بدار الكفر، إلا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها إلا أن يقدم زوجها مهاجراً قبل أن تنقضي عدتها"²، وقال ابن شبرمة: "كان الناس على عهد رسول الله ﷺ يسلم الرجل قبل المرأة، والمرأة قبل الرجل، فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة المرأة، فهي امرأته، وإن أسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما"³.

وأجمل هذا الأصل ابن القاسم في المدونة في جوابه عن سؤال: "إن النصراني إذا أسلمت امرأته أنه أملك بها ما دامت في عدتها، وهو لا يحل له نكاح مسلمة ابتداء وقد قال الله عز وجل: " وَلَا تُمَسِّكُوا بِعَصِمِ الْكُوفِرِ"، قال: جاءت الآثار أنه أملك بها ما دامت في عدتها إن هو أسلم وقامت به السنن عن النبي - عليه السلام - فليس لما قامت به السنة عن النبي - ﷺ - قياس ولا نظر"⁴. واعتبرت المذاهب الثلاثة انقضاء العدة فسحاً لا طلاقاً وأن عدتها عدة المطلقة، وتحتسب من وقت الإسلام"⁵.

4- القول الرابع:

وهو مروى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه من طريق سعيد بن المسيب حيث أفتى في الزوجين الكافرين يسلم أحدهما: «هو أملك ببضعها ما داما في دار الهجرة»⁶. وقال سفيان بن عيينة عن مطرف بن طريف عن الشعبي عن علي رضي الله عنه أنه قال: «هو أحق بها، ما لم تخرج من مصرها»⁷، وعلة هذا القول أن الزوج إن كان في دار الإسلام فلا يحش على زوجته المسلمة الفتنة في دينها، لأن له عهداً يمنعه من أذاها أو الافتئات عليها، وهو بين ظهرائي المسلمين، فجانبه من هذا الإضرار مأمون ومظنة منعه لزوجه من تعاليم دينها، والإضرار بها في ممارستها لشعائره مرجوحة بعلمها أن لها فسحة مفارقتها حال الإضرار، وإيثارها البقاء معه دليل عن حسن العشرة وانسجام الحال بينهما، وفيه مصلحة ظاهرة بما يؤدي مثله إلى إسلامه؛ فحيث أن المرأة وزوجها قبل إسلامها كانا في دار الإسلام معاهدين فإن هذا التوطن لكليهما والعهد الذي لهما

1 - ابن أنس، مالك: الموطأ، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب نكاح المشرك إذا أسلمت زوجته قبله ثم أسلم، ج 1، ص 597.

2 - ابن أنس، مالك: الموطأ، مرجع نفسه، كتاب النكاح، باب نكاح المشرك إذا أسلمت زوجته قبله ثم أسلم، ج 1، ص 597.

3 - الصنعاني، عبد الرزاق: مصنف عبد الرزاق الصنعاني، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب متى ادرك الإسلام من نكاح أو طلاق، ج 7، ص 172.

4 - ابن أنس، مالك: المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج 2، ص 215.

5 - ابن أنس، مالك: المدونة الكبرى، مرجع نفسه، ج 2، ص 213. الشافعي: الأم، مرجع سابق، ج 5، ص 51. ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 155.

6 - ابن أبي شيبة، المصنف، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب ما قالوا في المرأة تسلم قبل زوجها، ج 4، ص 106.

7 - الصنعاني، عبد الرزاق: مصنف عبد الرزاق الصنعاني، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب النصرانيين تسلم المرأة قبل الرجل، ج 6، ص 84.

يبقى لهما حق استمرار الحياة الزوجية ما لم يخرجها زوجها من دار الإسلام¹.

5- القول الخامس:

ذهب الزهري إلى أن الزوجة إن أسلمت قبل زوجها فهما على نكاحهما ما لم يفرق بينهما حاكم أو قاض، وهو المروي عنه في مصنف بن أبي شيبة إذ قال: «أبما يهودي أو نصراني أسلم ثم أسلمت امراته فهما على نكاحهما ما لم يفرق بينهما سلطان»². وحجة ذلك قضاء الخليفة الفاروق رضي الله عنه في عبادة بن النعمان التغلبي وكان نصرانيا فأسلمت زوجته التي من بني تميم، فقال له عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «إما أن تسلم، وإما أن انزعها منك؟ فأبى أن يسلم، فنزعها منه عمر». وفي لفظ: «كان رجلا منا من بني تغلب نصراني، تحته امرأة نصرانية فأسلمت، فرفعت أمرها إلى عمر فقال له: "أسلم وإلا فرقت بينكما"، فقال له: "لم أدع هذا إلا استحياء من العرب أن يقولوا أنه أسلم على بضع امرأة"، قال ففرق عمر رضي الله عنه بينهما»³.

وظاهر هذا الأثر أن المرأة إذا أسلمت قبل زوجها، فإن ذلك غير موجب للفرقة بينهما ما لم يرفع أمرها إلى السلطان، فيدعو زوجها إلى الإسلام ويعرضه عليه، فإن أسلم فالنكاح على حاله السالف، وإلا فرق بينهما قضاء.

6- القول السادس:

يرى إقرار الزوجة الذمية إذا أسلمت تحت زوجها الذمي وبه أفتى كل من إبراهيم النخعي وحماد بن أبي سليمان⁴.

1 - الجديع، عبد الله: إسلام الزوجة وبقاء زوجها على دينه، المجلة العلمية للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، أيرلندا، ع2، يناير 2003م، ص 110.

2 - ابن أبي شيبة، المصنف، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب ما قالوا فيه إذا أسلم وهي في عدتها، ج 4، ص 107. الصنعاني، عبد الرزاق: مصنف عبد الرزاق الصنعاني، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب النصرانيين تسلم المرأة قبل الرجل، ج 7، ص 174.

3 - أخرجه سعيد بن منصور في سننه، وابن أبي شيبة في المصنف من طرق ثلاث عن أبي إسحاق الشيباني عن السفاح بن طر عن داود بن كردس، وإسناده ضعيف، كما رواه شعبة وعباد بن العوام عن يزيد بن علقمة وهو اغمض حالا من السفاح، وكلاهما من المجاهيل كما أثبت بن حزم. ابن منصور، سعيد: سنن سعيد بن منصور، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب ما جاء في النصرانيين يسلم أحدهما، ج 2، ص 71. ابن أبي شيبة، المصنف، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب ما قالوا في المرأة تسلم قبل زوجها، ج 4، ص 106. ابن حزم: المحلى بالآثار، مرجع سابق، ج 05، ص 370. الطحاوي: شرح معاني الآثار، عالم الكتب، لبنان، ط1، 1994م، كتاب السير، باب الحرية تسلم في دار الحرب فتخرج إلى دار الإسلام، ج 3، ص 259.

4 - ابن أبي شيبة، المصنف، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب من قال إذا أسلمت ولم يسلم لم تنزع منه، ج 4، ص 106. ابن حزم: المحلى بالآثار، مرجع سابق، ج 05، ص 370. ابن القيم: أحكام أهل الذمة، مرجع سابق، ج 2، ص 647.

7- القول السابع:

يرى تخير الزوجة المسلمة قبل زوجها بين الفرقة أو التربص لحين إسلام زوجها، وتبقى خلالها على الزوجية، ولو امتد التربص إلى سنين عديدة، وهو قضاء عمر بن الخطاب¹، وقول شيخ الإسلام بن تيمية²، واختيار ابن قيم الجوزية³، وهو رأي الصنعاني⁴، وترجيح الشوكاني⁵ وغيرهم. ومرتكز هذا القول، وعصب مستنده حديث زينب بنت رسول الله ﷺ الذي يرويه عنه ابن عباس رضي الله عنه، قال: «رد رسول الله ﷺ زينب ابنته على زوجها أبي العاص بن الربيع بالنكاح الأول، ولم يحدث شيئاً»⁶. وفي لفظ «لم يحدث صداقاً»⁷، وفي رواية «لم يحدث نكاحاً»⁸، وفي رواية «بعد ست سنين»⁹، وفي أخرى «بعد سنتين»¹⁰. وهذا الحديث من طريق ابن عباس أصح من رواية عمرو بن شعيب الذي احتج به القائلون بالفرقة مطلقاً، كما قال الخطابي، وأثبت البخاري، وساندهم في ذلك ابن كثير في الإرشاد والذهبي في التلخيص¹¹. وقال الترمذي في علله الكبير: "سألت محمداً-يقصد البخاري- عن هذين

1- الصنعاني، عبد الرزاق: مصنف عبد الرزاق الصنعاني، مرجع سابق، كتاب أهل الكتاب، باب النصرانيين تسلم المرأة قبل الرجل، ج 6، ص 83.

2- ابن تيمية: مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج 32، ص 337.

3- ابن القيم: أحكام أهل الذمة، مرجع سابق، ج 2، ص 646.

4- الصنعاني: سبل السلام، دار الحديث، السعودية، د.ط، د.ت، ج 2، ص 196.

5- الشوكاني، نيل الأوطار، دار الحديث، مصر، ط 1، 1993م، ج 6، ص 194.

6- أحمد: مسند أحمد، مرجع سابق، مسند بني هاشم، مسند عبد الله بن عباس، ج 04، ص 436. أبو داود: السنن، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب متى ترد عليه امراته إذا أسلم بعدها، ج 2، ص 272. الدارقطني، السنن، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب المهر، ج 4، ص 374. الحاكم: المستدرک، مرجع سابق، كتاب معرفة الصحابة، باب ذكر أبي العاص رضي الله عنه، ج 3، ص 740. وقال عنه: اسناده صحيح على شرط مسلم.

7- أحمد: مسند أحمد، مرجع سابق، مسند بني هاشم، مسند عبد الله بن عباس، ج 04، ص 195. الحاكم: المستدرک، مرجع سابق، كتاب معرفة الصحابة، باب بنات رسول الله ﷺ، ج 4، ص 50.

8- الترمذي: السنن، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب ما جاء في الزوجين المشركين يسلم أحدهما، ج 3، ص 440.

9- أحمد: مسند أحمد، مرجع سابق، مسند بني هاشم، مسند عبد الله بن عباس، ج 04، ص 195. أبو داود: السنن، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب متى ترد عليه امراته إذا أسلم بعدها، ج 2، ص 272. الحاكم: المستدرک، مرجع سابق، كتاب معرفة الصحابة، باب ذكر مناقب أبي العاص رضي الله عنه، ج 3، ص 362.

10- أحمد: مسند أحمد، مرجع سابق، مسند بني هاشم، مسند عبد الله بن عباس، ج 05، ص 322. أبو داود: السنن، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب متى ترد عليه امراته إذا أسلم بعدها، ج 2، ص 272. الحاكم: المستدرک، مرجع سابق، كتاب معرفة الصحابة، باب بنات رسول الله ﷺ، ج 4، ص 50.

11- علل الخطابي تضعيف رواية عمرو بن شعيب لأنها من قبل الحجاج بن أرتاة، وهو معروف بالتدليس، وحكى محمد بن عقيل أن يحيى بن سعيد قال: "لم يسمعه حجاج من عمرو"، وقال أحمد: "واه لم يسمعه الحجاج من عمرو بن شعيب إنما سمعه من محمد العزمي، والعزمي لا يساوي حديثه شيئاً". ينظر: المباركفوري: تحفة الاحوذى، دار الكتب العلمية، لبنان، د.ط، د.ت، ج 4، ص 249. العظيم أبادي: عون المعبود، دار الكتب

الحديثين - ابن عباس وعمرو بن شعيب - فقال: حديث بن عباس أصح في هذا الباب من حديث عمرو بن شعيب¹. ولم يثبت الدارقطني رواية ابن شعيب وصوب رواية بن عباس².

وإذا ثبت ذلك، فإن المستفاد من الحديث أن الزوجية تبقى قائمة بين الزوجين الكافرين إذا أسلم أحدهما، ولو طال الزمان، وانقضت العدة، إذ الاتفاق حاصل على أن إسلام زينب رضي الله عنها كان مع أول البعثة³، وتأخرت هجرتها عن هجرة أبيها ﷺ إلى ما بعد غزوة بدر في السنة الثانية من الهجرة، ولم ينزل تحريم المسلمات على الكفار إلا بعد الحديبية سنة ست هجرية بوفود بعض النساء المسلمات مهاجرات، وطلبت قريش إرجاعهن إليها⁴، فنزل آي القرآن بمنع ذلك بقوله تعالى: ﴿فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾⁵، بينما تأخر إسلام أبي العاص إلى السنة الثانية بعد الحديبية، كما تروي ذلك الآثار؛ فقد أخرج عبد الرزاق عن ابن شهاب أنه قال: "أسلمت زينب بنت النبي ﷺ، وهاجرت بعد النبي ﷺ في الهجرة الأولى، وزوجها أبو العاص بن الربيع بن عبد العزى بمكة مشرك، ثم شهد أبو العاص بدرا مشركا، فأسر ففدى، وكان موسرا، ثم شهد أحدا أيضا مشركا، فرجع عن أحد إلى مكة، ثم مكث بمكة ما شاء الله، ثم خرج إلى الشام تاجرا فأسره بطريق الشام نفر من الأنصار، فدخلت زينب على النبي ﷺ فقالت: إن المسلمين يجير عليهم أديانهم قال: «وما ذاك يا زينب؟» قالت: أجرت أبا العاص، فقال: «قد أجزت جوارك»، ثم لم يجز جوار امرأة بعدها، ثم أسلم فكانا على نكاحهما⁶، فكان ما بين إسلامها وإسلامه ثمان عشرة سنة، وقد ولدت له في خلال ذلك علي بن أبي العاص⁷.

وهذا ما أطبق عليه أهل المغازي والسير، وقد قال ابن حجر في فتح الباري: "وأغرب بن حزم فقال ما ملخصه إن قوله ردها إليه بعد كذا مراده جمع بينهما وإلا فإسلام أبي العاص كان قبل الحديبية وذلك قبل

العلمية، لبنان، ط 2، 1415هـ، ج 6، ص 232. أحمد: مسند أحمد، مرجع سابق، مسند بي هاشم، مسند عبد الله بن عباس، ج 11، ص

530. الحاكم: المستدرک، مرجع سابق، كتاب معرفة الصحابة، باب ذكر أبي العاص رضي الله عنه، ج 3، ص 741.

1 - العظيم ابادي: عون المعبود، مرجع سابق، ج 6، ص 232.

2 - الدارقطني: السنن، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب المهر، ج 4، ص 373.

3 - حكى بن حزم الإجماع على أن إسلام زينب بنت رسول الله ﷺ كان مطلع البعثة ونصره في ذلك ابن القيم. يراجع: ابن القيم: أحكام أهل

الذمة، مرجع سابق، ج 2، ص 669. ابن حزم: المحلى بالآثار، مرجع سابق، ج 05، ص 373.

4 - كاسب، مصطفى: إسلام الزوجة وبقاء الزوج على دينه، مرجع سابق، ص 105.

5 - [سورة المتحمة: الآية 10]

6 - الصنعاني، عبد الرزاق: مصنف عبد الرزاق الصنعاني، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب متى ادرك الإسلام من نكاح أو طلاق، ج 7، ص

171.

7 - ابن القيم: أحكام أهل الذمة، مرجع سابق، ج 2، ص 669.

أن ينزل تحريم المسلمة على المشرك هكذا زعم وهو مخالف لما أطبق عليه أهل المغازي أن إسلامه كان في الهدنة بعد نزول آية التحريم¹.

- كما احتج أصحاب هذا المذهب لرأيهم بحديث بن عباس رضي الله عنه قال: «أسلمت امرأة على عهد رسول الله ﷺ، فتزوجت، فجاء زوجها الأول إلى النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله، إني قد أسلمت وعلمت إسلامي»، فنزعها النبي ﷺ من زوجها الآخر، وردّها على زوجها الأول². ومؤدى الحديث أن رد النبي ﷺ المرأة إلى زوجها الأول رغم إعادة زواجها بعد إسلامها دليل على اعتبار الشرع للزيجة الأولى واعتداده باستمرارية قيامها، رغم إعادة المرأة الزواج من مسلم، وفيه حجة أيضا على عدم اعتبار أن يكون تلفظ الزوجين بالإسلام تلفظا واحدا، لا يتقدم أحدهما عن الآخر بحرف ولا يتأخر، كما هو رأي الظاهرية، كما لا اعتداد بانقضاء العدة أو بقائها³، إذ لم يستفصل النبي ﷺ: "هل علمت زوجته بإسلامه قبل انقضاء عدتها أم لا؟ مما دل على أن العدة لا اعتبار لها، وذلك بناء على القاعدة الأصولية التي تقول أن ترك الاستفصال في حكاية الحال مع قيام الاحتمال ينزل منزلة العموم في المقال، ويحسن به الاستدلال، والاحتمال هنا قائم؛ هل علمت بإسلامه قبل انقضاء العدة أم بعدها؟ ومع ذلك لم يستفصل منه النبي ﷺ فدل ذلك على عموم هذا الحكم للحالين، وأنه لا فرق بين أن يقع الرد قبل انقضاء العدة أو بعدها⁴.

- واستدل هذا الفريق بالأثر المروي عن ابن عباس رضي الله عنه قال: «كان المشركون على منزلتين من النبي ﷺ والمؤمنين: كانوا مشركي أهل حرب، يقاتلهم ويقاتلونهم، ومشركي أهل عهد، لا يقاتلهم ولا يقاتلونهم، وكان إذا هاجرت امرأة من أهل الحرب لم تخطب حتى تحيض وتطهر، فإذا طهرت حل لها النكاح، فإن هاجر زوجها قبل أن تنكح ردت إليه، وإن هاجر عبد منهم أو أمة فهما حران، ولهما ما للمهاجرين⁵. فدل ذلك على أن للمرأة أن تتربص زوجها الكافر وتنتظر إسلامه، كما كان النساء يفعلن في عهد النبي ﷺ، فإن أسلم قرت عنده بالنكاح الأول، ولها أن تعدل عن ذلك بالزواج، فالأمر في ذلك إليها لا إليه، وعلة الأمر أن العقد ههنا موقوف، وليس الزوج "في هذه الحال زوجا مالكا لعصمتها من كل وجه، ولا يحتاج إذا أسلم إلى ابتداء عقد يحتاج فيه إلى ولي وشهود ومهر وعقد، بل إسلامه بمنزلة قبوله للنكاح،

1 - ابن حجر: فتح الباري، دار المعرفة، لبنان، 1379هـ، ج 09، ص 424.

2 - أحمد: مسند أحمد، مرجع سابق، مسند بني هاشم، مسند عبد الله بن عباس، ج 05، ص 121. أبو داود: السنن، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب إذا أسلم أحد الزوجين، ج 2، ص 271. البيهقي، السنن الكبرى، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب من قال لا يفسخ النكاح بينهما بإسلام أحدهما، ج 7، ص 306. الحاكم: المستدرک، مرجع سابق، كتاب الطلاق، ج 2، ص 218. وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

3 - ابن القيم: أحكام أهل الذمة، مرجع سابق، ج 2، ص 665.

4 - كاسب، مصطفى: إسلام الزوجة وبقاء الزوج على دينه، مرجع سابق، ص 107.

5 - البخاري، الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب نكاح من أسلم من المشركات وعدتهن، ج 7، ص 48.

وانتظارها بمنزلة الإيجاب. وسر المسألة أن العقد في هذه المدة جائز لا لازم، ولا محذور في ذلك، ولا ضرر على الزوجة فيه، ولا يناقض ذلك شيئاً من قواعد الشرع¹.

- كما احتجوا أيضاً بالتطبيق القضائي العمري المروي عنه من عبد الله ابن يزيد الخطمي قال: "أسلمت امرأة من أهل الحيرة، ولم يسلم زوجها، فكتب فيها عمر بن الخطاب: أن خيروها، فإن شاءت فارقت، وإن شاءت قرّرت عنده"²، والأثر حجة على جوازية النكاح الأول، ووقفه على إرادة الزوجة المسلمة، فإن شاءت الفرقة فلها ذلك، وإلا فلها المكث والانتظار رجاء إسلامه، فالنكاح في هذه المدة لا يحكم ببطلانه ولا بلزومه، وبقائه من كل وجه، فلم تكن آية الممتحنة تدل عند عمر رضي الله عنه ولا من رأى رأيه على حرمة بقاء المسلمة تحت غير المسلم إذا أسلمت وهما مقيمان بدار الإسلام، ولهذا وقع التخيير من أمير المؤمنين رضي الله عنه للمرأة، وقد كان ذلك على مرأى من الصحابة ومسمعهم دونما معارض، فاجتمع لهذا القضاء نظر الفتوى³، ولو كان عقد النكاح يفسخ بمجرد إسلام الزوجة لما وسع الخليفة عمر رضي الله عنه المحيد عنه ولا الصحابة إقراره على ذلك⁴.

- استدلوا بأن النساء كن يسلمن في العهد النبوي، ويقررن على أنكحتهن، ولم يسألن رسول الله ﷺ عن شرائط النكاح ولا عن كفيته، ولم يفرق بين اثنين ولا مرة واحدة، فكان يقينا⁵، ومثال ذلك حال أم الفضل امرأة العباس بن عبد المطلب رضي الله عنه فإنها أسلمت قبل العباس رضي الله عنه بمدة، كما ثبت في الصحيح عن ابن عباس رضي الله عنه: «كنت أنا وأمي من المستضعفين، أنا من الولدان، وأمي من النساء»⁶، ولم يحدث العباس نكاحاً ولا صداقاً ولا عقداً بعد إسلامه، فكان ذلك مما علم ضرورة وقطعاً.

-الترجيح:

يتحصل من السجال الفقهي الدائر بشأن حكم عقد الزواج إذا أسلمت الزوجة دون زوجها أن الرأي الراجح والأنسب للتنزيل على هذا الزمن الذي يتقاطر فيه الوافدون على الإسلام-برحمة الله وهديه- على نحو واسع النطاق، هو المذهب القائل باستدامة بقاء الزوجية على حالها بينهما، فيجوز للمرأة ابتداء التبرص إلى أن يسلم زوجها ولو مكثت على ذلك سنين عديدة، وبذلك أفتى المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث في

1 - ابن القيم: أحكام أهل الذمة، مرجع سابق، ج 2، ص 662.

2 - الصنعاني، عبد الرزاق: مصنف عبد الرزاق الصنعاني، مرجع سابق، كتاب أهل الكتاب، باب النصرانيين تسلم المرأة قبل الرجل، ج 6، ص 83.

3 - الجديع، عبد الله: إسلام الزوجة وبقاء زوجها على دينه، مرجع سابق، ص 105. كاسب، مصطفى: إسلام الزوجة وبقاء الزوج على دينه، مرجع سابق، ص 108.

4 - الجديع، عبد الله: إسلام الزوجة وبقاء زوجها على دينه، مرجع سابق، ص 105.

5 - ابن القيم: أحكام أهل الذمة، مرجع سابق، ج 2، ص 641.

6 - البخاري، الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب الجنائز، باب إذا أسلم الصبي فمات، ج 2، ص 94.

دورته الثامنة المنعقدة بالمركز الثقافي الإسلامي بإسبانيا¹، وهو رأي القرضاوي²، مصطفى عبد الكريم كاسب³، وعبد الله بن يوسف الجديع وغيرهم⁴، وذلك لأن فيه -فضلا عن قوة دليله- وفاء بحاجة النساء الكثيرات ممن يدخلن الإسلام إلى البقاء مع أزواجهن وأولادهن في ديارهن غير الإسلامية، لا سيما إذا كن يرتحن إسلامهم أو يخشين تشتت الولد وضياع العائلة عند الأخذ بقول الافتراق، وفي ذلك من التيسير والمصلحة الراجحة للدعوة الإسلامية ودفع النفرة عنه ودحر عقبات الدخول فيه رغم شقّة هذا القول على كثير من أهل العلم، غير أنه يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء.

وكون هذا العقد جائزا يجعل للزوجة الخيار في فسخه إذا أرادت ذلك، غير أن الأولى في ذلك أن يكون عبر القضاء -كما أفتى بذلك مجلس الإفتاء الأوربي- ويجوز للإمام -سياسة- إذا رفع الأمر إليه أن يعجل الفرقة، أو يعلقها على إسلام الزوج بعد عرضه عليه أو ينيط بقاءها إلى انقضاء العدة، كما هو فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه، بحسب ما تترجح له المصلحة في ضوء ملابسات الواقع المحيطة بكل حالة منظورة، فإذا استشعر الناظر في القضاء أو الإفتاء أنه لا ضير على الزوجة من بقائها مع زوجها، وأن المصلحة متحققة في قرارها معه ومع ولدها، أو تبين له أن في القول بالفرقة تحفيزا لها لاختيار زوجها الكافر أو الانحياز لولدها والرغبة بهما أو بأحدهما عن الإسلام فإن الواجب القول بالتخيير، ووقف العقد الأول على إرادتها⁵، بخلاف ما إذا ظهر للقاضي أن مصلحة الإبقاء -مع كفر الزوج- مرجوحة خشية افتتان الزوجة، ومنعها عن دينها مع شدة تمسكها به، فإن القول ههنا يتعين للتفريق القضائي وعلى هذا المدار يمضي التنزيل.

ثانيا-الحكم القانوني إسلام الزوجة وأثره على عقد نكاحها:

لم يتعرض المشرع في قانون الأسرة الجزائري إلى تنظيم مسألة اسلام الزوجة، ومصير عقدها من زوج كافر، ولم يبين التشريع الأسري ولا التطبيق القضائي المناط العام المحقق في المسألة، رغم تحريمه زواج المسلمة

1 - ينظر البيان الختامي للدورة الثامنة للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث المنعقدة في المركز الثقافي الإسلامي بمدينة بلنسيا في إسبانيا، في الفترة الممتدة من 18- إلى 22 يوليو 2001م، القرار رقم 8/3 في موضوع إسلام المرأة وبقاء زوجها على دينه، المجلة العلمية للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، إيرلندا، ع 2، كانون الثاني- يناير 2003 م، ص 445.

2 - القرضاوي، إسلام المرأة دون زوجها، هل يفرق بينهما؟، المجلة العلمية للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، إيرلندا، ع 2، كانون الثاني- يناير 2003 م، ص 439 و 440.

3 - كاسب، مصطفى: إسلام الزوجة وبقاء الزوج على دينه، مرجع سابق، ص 115.

4 - الجديع، عبد الله: إسلام الزوجة وبقاء زوجها على دينه، مرجع سابق، ص 195 و 196.

5 - صالح، عبد الله الزبير: حكم بقاء من أسلمت مع زوجها الذي لم يسلم، المجلة العلمية للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، إيرلندا، ع 2، كانون الثاني- يناير 2003 م، ص 420 و 421.

من غير المسلم ابتداء في المادة 30 منه، والتي تعتبر اختلاف الدين عاملا مؤثرا في حلية أو حرمة الزواج بالمسلمة، سواء كانت جزائرية الجنسية أم أجنبية، فيعتبر عقد القران المبرم بين أية امرأة مسلمة مع رجل غير مسلم باطلا بطلانا مطلقا، ولا يترتب عليه أي أثر قانوني من آثار الزواج الصحيح، ولو كان هذا العقد مثبتا في سجلات الحالة المدنية أو موثقا لدى موظف مؤهل قانونا لذلك، وليس لهما الاحتجاج به لخلوه من أي قيمة قانونية، ولكل ذي مصلحة من الزوجين أو غيرهما أو بتدخل من النيابة العامة المطالبة بإعلان هذا البطلان، وإسقاط هذا التسجيل، وإزالته، ويستوي في ذلك أن يكون العقد قد تم بالجزائر أم بدولة أجنبية، فليس لأحد استظهاره أو الاحتجاج به أمام القضاء الجزائري لمصادمته للنظام العام ومخالفته للأصول القانونية والشرعية للتشريع الجزائري.

وفي غياب أي تطبيق قضائي يبرز التوجه التنزيلي للقضاء الجزائري، فإن من المتعذر تلمس كنه الرأي التشريعي أو المنحى التطبيقي الذي يمكن نحه عند نظر مثل هاته القضايا، رغم حوثها بأعداد غير قليلة، مما يعد ثلثة تشريعية وقصورا تطبيقيا يستوجب سرعة النظر والمراجعة وفق ما هو متحصل من الآراء الفقهية المبسوطه في المسألة بما يتناسب والظروف الحالية، والمكتنفات الواقعية للمجتمع الجزائري عموما، فضلا عما تقتضيه الخصوصيات الفردية الملابس لأطراف كل قضية مما يكتنف المسلمات حديثا لدى قدومهن إلى الجزائر وعرض امرهن على ولاية القضاء وخطته.

الفرع الثاني: الزواج والطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة

مكن التطور الهائل الذي أحرزته البشرية في ميدان التكنولوجيا من التواصل السريع والسلس بين البشر رغم بعد المسافات وشساعة الأبعاد التي تفصل بين مواطن استقرار افراده في أصقاع الأرض وأطرافها. مما جعل وسائل الاتصال الحديثة معتمد الناس في مراسلاتهم وعقودهم وتجاراتهم، ومع تقدم العلم في الوثوقية والأمان الإلكتروني توسعت دائرة استعمال هذه التقنيات الحديثة لتشمل أخص شؤونهم وأوثق عقودهم. فأضحى الهاتف والأنترنت وسيطا اتصاليا مهما لإبرام الزيجات أو فك الرباط العائلي. وركون الناس إلى هذه الوسائل، وكثرة استخدامها جعل منها بحق نازلة من نوازل العصر المهمة، لتعلقها بحياة الإنسان الشخصية، والميثاق الغليظ الذي يربطه بزوجته. ومن ثم ظهرت الحاجة ماسة إلى بحث حكم هذه المستجدة وتنزيل ضوابط الشرع عليها تصحيحا وابطالا، حتى تسلم العقود وتصح، وتكون على مراد الله، وهو ما سنبحثه هنا، من خلال تأسيس تصور واضح للنازلة، ومن ثم التطرق إلى حكمها في الفقه الإسلامي ابتداء، وفي القانون انتهاء.

أولاً: تصور نازلة إبرام عقد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة وانهاؤه

كي يتحقق التصور الكامل لنازلة إبرام العقود وانهاؤها بالوسائل الحديثة لابد من نظرة فاحصة لطبيعة الأجهزة الحديثة المعينة على الربط التواصلي والوقوف على مدى السرعة التي توفرها في الاتصال للحكم عليها من حيث التأثير والاعتبار في الحكم الشرعي المراد تنزيله على النازلة المستجدة.

1- الوسائط الحديثة المستخدمة في الطلاق والزواج:

تتنوع الوسائل الاتصالية المستجدة والتي يمكن تصور استخدامها - واقعا- في إبرام عقود النكاح، أو إيقاع الطلاق بين الأزواج، ويمكن تقسيمها بحسب آلية العمل، وطبيعة الأداء إلى وسائل كتابية أو نصية، وأخرى مسموعة، وثلاثة مرئية. وفيما يلي سرد موجز لأهم هذه الوسائط مع بيان الخدمات التي توفرها:

أ - الوسائط الكتابية:

وهي أولى الوسائل المستجدة ظهورا، ويمكن حصر نماذجها في:

- **الفاكس:** عبارة عن جهاز استنساخ بالهاتف، إذ يمكن من خلاله نقل الرسائل والمستندات، سواء كانت مخطوطة باليد أم مطبوعة، نقلا مطابقا لأصلها، عبر قيام الجهاز المرسل بتصوير الوثيقة المرسلة، ليقوم الجهاز المتلقي بإعادة طباعتها ورقيا، لتكون في حيازة الشخص المرسلة إليه¹.

وقد أشار القانون النموذجي للأمم المتحدة "CNUDCI" الصادر عام 1996 إلى الفاكس باعتباره أحد الوسائل التي يمكن استخدامها في إبرام العقود عن بعد، في فقرته الأولى من المادة الأولى منه².

- **التلكس:** كلمة التلكس مشتقة من لفظين:

- "Teleprinter" وتعني الآلة الطابعة المبرقة، و "Exchanger" وتعني بداية البرقية، فالتلكس جهاز إبراق متصل ببداية تمكّن مستخدمه من الاتصال مباشرة مع أي مشترك آخر يمتلك نفس الجهاز، وإرسال الرسائل واستلامها في شكل معلومات نصية مطبوعة تلقائيا، بسرعة عالية لا تتعدى بضعة ثواني بين زمن الإرسال والاستقبال، وقد انتشر العمل به واتسع في مجال المعاملات الخاصة سيما التجارية منها، باعتباره وسيلة مرنة، وسريعة للإثبات في العقود والالتزامات³.

- خدمة الرسائل النصية القصيرة عبر الهاتف

يعد الهاتف المحمول أحد أهم أدوات الاتصال الحديثة التي تعتمد نمط الاتصال اللاسلكي عبر شبكة

1- أبا الخيل، ماجد: العقد الإلكتروني، مكتبة الرشد، السعودية، ط1، 2009م، ص 26 و27.

2- حامدي، بلقاسم: إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، الجزائر، 2015، ص 02.

3- أبا الخيل، ماجد: العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 26.

من الأبراج التي تثبت موجات الاتصال، وتوزعه ضمن نطاق مساحة معينة¹، وتقوم آلية عمله على استقبال وإرسال الإشارات الذبذبية، من خلال محطات إرسال أرضية وفضائية، وتحويلها إلى إشارات كهربائية في صيغة نص، أو صوت، أو صورة للمستخدم².
وقد ظهرت تقنية "SMS" بعد الانتشار الواسع للهواتف المحمولة، وشدة الحاجة لاستعمالها في التواصل بين الناس بكلفة أقل، وتحتوي عادة على 160 حرفاً كحد أقصى³.

- خدمة البريد الإلكتروني "Electronic Mail": تعتبر هذه التقنية طفرة حقيقية في عالم التقنية والاتصال؛ إذ تسمح للمستخدم في خدمة الانترنت تبادل الرسائل النصية إلكترونياً مع الأشخاص الآخرين، مهما كانت المسافة الجغرافية التي تفصل بينهم، في سرعة قياسية لا تتعدى بضعة ثواني⁴. كما يمكنه أيضاً إلحاق وثائق أو ملفات أخرى مع الرسائل المرسله، حتى ولو كانت ذات طبيعة أو امتداد غير نصي. وتتيح الخدمة للمستخدمين في عرض هذه المرفقات - سيما النصية منها - دون الحاجة إلى تثبيت برامجها القارئة لها⁵.

- خدمة المحادثة النصية عبر الانترنت: "Chatting" هي عبارة عن مواقع ومنتديات لإدارة الحوار الحي والتواصل المباشر مع الآخرين في أصقاع المعمورة بطريق الكتابة الآتية. وهناك مواقع تضمن خصوصية الدردشة - سيما بالنسبة لطالبي الزواج في غرف خاصة تسمى "Room Chat" لتوفير اتصال متزامن وآمن بين طرفي العلاقة، والذي يتم غالباً ببهويات مجهولة "Anonymity"⁶، وقد اشتهرت في الآونة الأخيرة مواقع التواصل الاجتماعي التي اجتاحت الشبكة بهذه الخدمة، التي توسعت في أهدافها لتحمل معنى الاتصال الاجتماعي، الذي لا يتوقف عند الأصدقاء، بل ويشمل أصدقائهم ومعارفهم على الشبكة. ويعد

¹ - اخترع جهاز الهاتف من طرف غراهام بيل في 14 فبراير 1876 بأمريكا، وفي عام 1880 فتح أول خط هاتفي ربط بين مدينتي بوسطن وبروفندنس بالولايات المتحدة، وينسب ابتكار الهاتف النقال للعالم مارتن كوبر الذي كان يشغل منصب مدير البحث بشركة موتورولا شيكاغو وهو أول من استخدمه في أبريل 1973. راجع، سعد الله، أبو بكر: من الهاتف الثابت الى الهاتف النقال، المجلة العربية العلمية، تونس، مج 21، 2011، ص 68. - العقابلية، زيد محمود: حجة الرسائل الإلكترونية المرسله من خلال الهاتف النقال في إثبات التعاقد في التشريع الإماراتي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، مصر، ع 1، 2010، ص 300.

² - وصل عدد أجهزة الهاتف المتنقل المتاحة بين أيدي الناس إلى 5 بليون هاتف بالعالم عام 2010. ينظر: بدر، أحمد فهيم: فاعلية التعلم المتنقل باستخدام خدمة الرسائل القصيرة، مجلة كلية التربية، مصر، ع 90، أبريل 2012، ص 153.

³ - بدر، أحمد فهيم: فاعلية التعلم المتنقل باستخدام خدمة الرسائل القصيرة، مرجع سابق، ص 159.

⁴ - إبراهيم، محمود: الانترنت، دراسة اتصالية ومصطلحية، مجلة اللغة العربية، تونس، ع 7، ص 310.

⁵ - العريمية، بدرية: أدوات التواصل الإلكتروني وتوظيفها تربوياً، مجلة التطوير التربوي، عمان، سنة 10، ع 67، ديسمبر 2011، ص 15. نايفة، منير وغيره: البريد الإلكتروني والحديث وحلقات النقاش، المجلة العربية العلمية، تونس، مج 1، ع 2، 1997، ص 14.

⁶ - مصطفى، أحمد عبد الله: الانترنت واستراتيجيات البحث من خلالها، مجلة عالم المعلومات والمكتبات، مصر، مج 05، ع 1، 2003، ص 55. عبد العظيم، صالح: الانترنت ولغة حجرات الدردشة، مجلة العلوم الإنسانية، مصر، ع 12، 2006، ص 96.

الفيسبوك وتويتر وجوجل بليس أشهر هاته المواقع على الإطلاق¹.

ب- الوسائط المسموعة:

- **خدمة الهاتف:** الهاتف هو أحد أهم وأشهر أدوات الاتصال الحديثة التي تعتمد نمط التخاطب الصوتي بالأساس، سواء كان نمط التواصل سلكيا (هاتف ثابت)، أو لا سلكيا (هاتف محمول)، وتقدر إحصائيات الاتحاد الدولي للاتصالات أن عدد المشتركين في خدمة الهاتف الخليوي وحدها وصلت إلى 5 بلايين مشترك عام 2017 م . ويتوقع أن يتجاوز الاتصال بالشبكة العنكبوتية من خلال الهاتف الخليوي في جيله الثالث والرابع عدد المتصلين بالشبكة عبر الحاسبات المكتبية، وهو ما يؤهل هذه الأداة لتكون الوسيلة الأولى - بإطلاق - في التواصل العالمي الحاصل الآن².

ويعود سبب هذا الإقبال المنقطع النظير على هذه الأداة بسبب السرعة الفائقة، ودقة النقل الصوتي الذي توفره تكنولوجيا التواصل، وفق معايير النظام الشامل للاتصالات المتحركة "GSM"³.

- **خدمة المحادثة الصوتية عبر الانترنت:** تتيح العديد من البرامج والمواقع إمكانية التواصل الصوتي بين الأشخاص على نحو آني ومباشر، من خلال الربط الشبكي وفق بروتوكول الانترنت، وفق آلية التراسل المباشر "Instant Messaging"⁴.

وقد وصلت هذه التقنية من التطور ما يجعل النقل الصوتي فوريا، وبدقة عالية مع تعدد وآنية قنوات النقل، وهذا ما جعل الكثير من الناس يستعيضون بها -في تعاملاتهم- عن استعمال أجهزة الهواتف الثابتة أو المحمولة. قبل ظهور الأجيال المتقدمة من الخدمات الهاتفية الحالية.

ج- الوسائط المرئية:

- خدمة المحادثة المرئية عبر الانترنت:

ظهرت العديد من البرمجيات التي تسمح بإقامة مؤتمرات مرئية "Conference"، ومحادثات بالصوت والصورة بين مستخدمي الانترنت في جميع أنحاء العالم، بدقة عالية الجودة، وسرعات تدفق عالية، سواء كانت ثنائية أو متعددة، بفضل تطوير برمجيات النقل المتعددة "Multimedia"، وإدخال تقنية الألياف

¹ - يحتل موقع الفيسبوك الصدارة في عدد المشتركين بما يصل إلى 500 مليون مستخدم، مقابل 100 مليون لتويتر حسب إحصائية قامت بها شركة "Digital Surgeons" سنة 2010، ينظر: العبيد، ماجدة: مواقع التواصل الاجتماعي وتأثيرها على العلاقات الاجتماعية، مجلة الحكمة، الجزائر، ع 26، 2014، ص 154.

² - فراج، عبد الرحمان: تقنيات الهاتف الخليوي للمكاتب، مجلة دراسات المعلومات، السعودية، ع 13، يناير 2012، ص 269.

³ - سعد الله، أبو بكر: من الهاتف الثابت الى الهاتف النقال، مرجع سابق، ص 69.

⁴ - عبد اللطيف، وجدي، وآخرون: الأبعاد الاجتماعية لاستخدامات الشباب لغرف الدردشة الإلكترونية، مجلة الشرق الأوسط، مصر، ع 26، 2010، ص 684.

الضوئية "Fiber Optic Net" في خدمة نقل البيانات فضلا عن الأقمار الصناعية. ولا يتطلب الأمر أكثر من جهاز كمبيوتر وميكروفون وكاميرا ويب لنقل الصورة والصوت وفق بروتوكول "IRC" المتعلق بجلسات النقاش الإلكتروني. ويعد برنامج السكايب "Skype"، كامفروج، "Camfrog"، وياهو ومانسجر "Yahoo Messenger" الأشهر في هذا الميدان، وكما أدرجت هذه التقنية ضمن الخدمات الأساسية التي تقدمها مواقع التواصل الاجتماعي كالفيسبوك مثلا، أو شركات البريد الإلكتروني مثل "Gmail"¹.

- خدمة المحادثة المرئية عبر الهواتف الذكية: على تطور تكنولوجيا الاتصال في ميدان الهواتف عبر الجيل الأول والثاني، أسهم الجيل الثالث "3G" في إتاحة إمكانية إرسال واستقبال الاتصالات المتعددة الوسائط صوتا، وصورة، ونصا لمشاركي الخدمة الحائزين على أجهزة هواتف خلوية ذكية، بينما انطوى هدف الجيل الرابع "4G" على رفع سرعات نقل البيانات بما يفوق 8 أضعاف الجيل السابق تقريبا، مما جعل الأداء أفضل وأحسن في نقل الاتصالات المرئية²، فضلا عن تزويد الهواتف الذكية بخدمة الانترنت والاستفادة من تقنياتها؛ حيث أضحت الهواتف الآن أشبه بأجهزة الكمبيوتر، وهذا ما جعل نسبة الاتصال بالانترنت من خلالها أكبر بكثير من نسب ربط الحواسيب بالشبكة.

ثانيا: إبرام عقد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة وانهاؤه في الفقه الإسلامي

1- إبرام عقد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة في الفقه

من الممكن تصور حالتين للتعاقد بين الأزواج عبر الوسائط الجديدة، فقد تأخذ شكل المراسلة والكتابة (البند الأول) عبر البريد الإلكتروني، ورسائل الهواتف، ومواقع ومنتديات التواصل الشبكي. كما يمكن أن تأخذ صورة المشافهة والمكاملة (البند الثاني) عبر الهاتف، وبرامج التخاطب الإلكتروني التي عادة ما تكون مشفوعة بالصورة، أو ما يسمى بوسائط الفيديو، مما يجعل العقد يتم في مجلس أقرب ما يكون إلى الاتحاد الحقيقي لا الحكمي.

وستتولى فيما يلي بحيث حكم الشرع في الصورتين وتبيان رأي الفقه فيهما.

¹ - حجازي، محمد: تقنية المعلومات، الفرص والتحديات، مجلة البحوث التربوية، مصر، ع 3، 2002، ص 198 و 199. - العريمية، بدرية: أدوات التواصل الإلكتروني وتوظيفها تربويا، مرجع سابق، ص 11 و 12... اسكندر، كمال: شبكة المؤتمرات المرئية عن بعد، مجلة مستقبل التربية العربية، مصر، مج 7، ع 21، 2001، ص 321. نايفة، منير وآخرون: الصوت والصورة والفيديو ولغة الجافا، المحكمة العربية العلمية، تونس، مج 2، ع 4، 1998، ص 31.

² - يقدر الخبراء في تقنية الاتصالات، متوسط القدرة المتاحة لأغلب الهواتف الخلوية واللوحات الكفية بما يفوت 1 جيغا. ينظر مبارك العجب، محمد: شبكات الجيل الخامس، كيف تغير حياتنا، مجلة المال والاقتصاد، السودان، ع 77، 2015، ص 67.

أ- حكم إبرام عقد الزواج مكتوبة:

تعد الكتابة أحد أهم وأعرق أدوات توثيق الحقوق، وإثباتها، وصيانتها. وقد دأب الإنسان على اللجوء إليها في مراسلاته وتعاملاته من عقود ومشاركات والتزامات... ورغم أن إبرام عقود الزواج عن طريق المكتوبة ليس بالجديد على الفقه إلا أن هذه الصورة ليست بالجديدة على الفقه، بيد أن السرعة الفائقة التي بلغتها هذه الصورة بفضل التطور التكنولوجي جعلت من إعادة النظر في نقول الفقهاء القدامى بشأنها أمراً ذو بال؛ لا سيما وأن الخطاب الذي كان يستغرق وصوله أشهراً طويلاً، أضحى ميسور الوصول في ثوان معدودة.

ولهذا الأمر أثر مهم على الأحكام والآراء الفقهية القديمة وغربلتها وترجيح أصلحها وأصوبها على ما سيتضح في هذا البند؛ إذ انقسم الفقه قديماً بشأن هذه المسألة إلى اتجاهين اثنين هما:

- الاتجاه الأول "المانعون": وهو مذهب الجمهور؛ من مالكية، وشافعية، وحنابلة، إذ قالوا بعدم انعقاد عبارة النكاح بالكتابة للحاضر والغائب إلا لضرورة خرس، وفي ذلك يقول عليش في منحه: "ويشترط اللفظ من القادر عليه، وتقوم مقامه إشارة الأخرس أو كتابته"¹. وقال صاحب روضة الطالبين: "إذا كتب بالنكاح إلى غائب أو حاضر لم يصح"². وذكر البهوتي عن الحنابلة قولهم: "ولا يصح النكاح من القادر على النطق بإشارة، ولا بكتابة، للاستغناء عنها"³.

ومعتمد هذا المذهب في عدم انعقاد النكاح بالمكتوبة ما يلي⁴:

- خصوصية عقد النكاح، وتحوط الشرع له، وتضييق عباراته، ودخول أغلب أحكامه ضمن نطاق التعبد مما يجعل أمره عظيماً، وخطر التساهل فيه بالكتابة جسيماً، فتوجب المنع⁵.

- الأصل في الأبضاع الحرمة⁶.

1- عليش، محمد: منح الجليل، دار الفكر، بيروت، د.ط، 1989م، ج 3، ص 267.

2- النووي، روضة الطالبين، دار المكتب الإسلامي، بيروت، 2، 1985، ج 01، ص 37.

3- البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، ج 5، ص 39.

4- الجويني، أبو المعالي: مرجع سابق، ج 14، ص 77. الخطّاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج 3، ص 419.

5- اعتمد مجمع الفقه بالهند الرأي المانع مراعات لخطورة النكاح فضلاً عن الجانب التعبدي له الذي يشترط له الاشهاد، فلا يعتبر الايجاب والقبول في عقد الزواج عبر الانترنت ومؤتمر الفيديو أو عبر الهاتف. أبو مليح، محمد: من فقه المعاملات المالية المعاصرة: إجراء العقود عبر شبكة الأنترنت، ثبت ندوة الانترنت والشريعة الإسلامية، المنظمة العربية للتنمية الادارية، مصر، 2007، ص 118.

6- الزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج 1، ص 177.

- الإشهاد شرط في العقد عندهم¹؛ ومقتضى الشهادة التصريح حتى تقع، ولما كانت الكتابة كناية لم ينعقد النكاح بها لأن الإشهاد لا يقع على النية. ولو تمت الشهادة على الإيجاب بعدلين ثم شهد على القبول عدلان آخران لم يصح هو الآخر لأن واحدا منهم لم يشهد على عقد.
- اشتراطهم الموالاة بين الإيجاب والقبول باجتماع إرادة المتعاقدين على إبرام النكاح في وقت واحد²، وهو ما لا يتوافر للمكاتبة، للفصل الطويل بين مجلس الإيجاب والقبول.
- **الاتجاه الثاني: "المؤيدون"**: وهو مذهب الحنفية³؛ إذ قالوا بجواز انعقاد الزواج عن طريق المكاتبة للغائب دون الحاضر. فلو كتب إليها يطلب يدها وبلغها الخطاب، فقالت بين يدي الشهود: أن فلانا كتب إلي يخطبني فاشهدوا أي قد زوجت نفسي منه، صح العقد. ومبنى هذا النظر منهم هو اعتبار مجلس العقد هو زمان وصول الكتاب إلى الطرف الآخر، وبذلك تتحقق الموالاة بين الإيجاب والقبول حكما من حيث المعنى، مع إشهاد الشاهدين على شطري العقد.
- غير أنهم اشتراطوا لجواز العقد بالمكاتبة شروطا هي:⁴
- أن يكون العاقد غائبا عن المجلس، لا حاضرا فيه.
- إطلاع العاقد الشهود على فحوى الكتاب المتضمن للإيجاب.
- أن يقع القبول لفظا لا كتابة، "إذ الكتابة من الطرفين بلا قول لا تكفي ولو في الغيبة"⁵.
- إعلام القابل الشاهدين بمضمون الخطاب، والتصريح بالقبول، لتشمل الشهادة جزئي العقد وشطريه¹.

1 - المالكية والشافعية والحنابلة متفقون على أن الشهادة من شرط النكاح، غير أنها شرط صحة في العقد لدى الشافعية والحنابلة، وشرط في جواز الدخول عند المالكية، ويوافق الحنفية الجمهور في اشتراط الإشهاد على النكاح، غير أنهم يرون تأخيره إلى زمن وصول الكتاب إلى الطرف الآخر، على اعتبار أنه هو مجلس العقد الحكمي عندهم، كما سيتبين عند طرق مذهبهم. راجع الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج 02، ص 252. المرغيناني: الهداية في شرح بداية المبتدي، مرجع سابق، ج 01، ص 185. ابن مازة: المحيط البرهاني، مرجع سابق، ج 03، ص 61. ابن الحاجب: جامع الأمهات، مرجع سابق، ص 259. ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه أحمد ابن حنبل، مرجع سابق، ج 3، ص 16. الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج 2، ص 436.

2- اشترط المالكية والشافعية في العقد الفور، فإن تراخى الإيجاب عن القبول يسيرا جاز ويضر الفصل الطويل المشعر بالإعراض عن القبول. أما الحنابلة فلم يروا الفورية شرطا في عقد النكاح، ولذلك أجازوا تراخي القبول عن الإيجاب، مادام في المجلس، ولم يتشاغل الطرفان بما يقطع. ينظر: ابن جزري، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص 131. النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج 7، ص 39. الكلوزاني، الهداية على مذهب الإمام أحمد، مرجع سابق، ص 388.

3 - السرخسي، كتاب المبسوط، مرجع سابق، ج 5، ص 16. الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج 02، ص 233.

4 - ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج 3، ص 12. ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج 3، ص 90.

5 - ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج 3، ص 12.

واستدل الحنفية لهذا الرأي بجملة أدلة أهمها:²

1- أن النبي ﷺ كتب إلى النجاشي يخطب أم حبيبة رضي الله عنها فزوجها النجاشي وأمرها صدق أربع مئة دينار.³

2- وقوع الكتاب بمنزلة الخطاب فإن للأول حروفا ومفاهيم توصل إلى معنى معلوم ولذلك أدى رسول الله ﷺ واجب التبليغ بالكتابة إلى الملوك كما أداه باللسان، وقد تم له بذلك التكليف المأمور به في قوله: "يَتَأْتِيهَا الرَّسُولُ بَلِّغْ مَا أُنزِلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ"⁴.

- القول الراجح:

والقول الراجح الذي يدعمه الدليل في المسألة هو جواز اعتماد وسيلة الكتابة عبر الرسائل في إبرام عقود النكاح على قول الحنفية، لسداد رأيهم وقوة حججهم التي دانت لها باقي المذاهب في غير عقود النكاح؛ كالبيع وما شابهها⁵. أما إبرام عقود النكاح عبر الوسائط الحديثة فالجواز فيها من باب أولى للسرعة الهائلة التي تبلغها في تحقيق التواصل بين المتعاقدين، بما يضاهاى المجالس الحقيقية، ليصبح اتحاد المجلس حقيقة لا حكما، ويسد بذلك الاشكالات التي لأجلها منع الجمهور قديما العقد بالخطاب، "فاشترطهم الموالاة بين الإيجاب والقبول، الذي كان غير ممكن في الماضي إذا تم العقد عن طريق التخاطب أصبح ممكنا اليوم، كما أن الشهود يمكنهم الاطلاع على الكتابة لحظة وصول الرسالة، وإعلان المرسل إليه القبول أمامهم"⁶. وإن اشترط البعض اتخاذ إجراءات سلامة احتياطية لإضفاء صفة الرسمية عليها كأن تجرى هذه العقود برعاية المحاكم وإشراف الجهات العدلية، عبر تخصيص قاعات مزودة بمواتف وحواسيب مربوطة بشبكة الأنترنت⁷.

1 - نقل ابن عابدين عن صاحب المصنف: أن ذلك مرهون يكون الكتاب بلفظ التزوج، أما إن كان الخطاب بلفظ الأمر لم يشترط إعلام الشاهدين بما في الخطاب. ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج 3، ص 12.

2 - السرخسي، كتاب الميسوط، مرجع سابق، ج 5، ص 16. ابن مازة: المحیط البرهاني، مرجع سابق، ج 03، ص 61. الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج 02، ص 231.

3 - عن جعفر بن محمد بن علي عن أبيه قال: "بعث رسول الله ﷺ عمرو بن أمية الضموي رضي الله عنه إلى النجاشي يخطب عليه أم حبيبة بنت أبي سفيان رضي الله عنه وكانت تحت عبد الله بن جحش فزوجها إياه وأصدقها النجاشي من عنده عن رسول الله ﷺ أربعة مئة دينار". الحاكم، المستدرک على الصحيحين، مرجع سابق، كتاب معرفة الصحابة رضي الله عنهم، باب ذكر أم حبيبة بنت أبي سفيان رضي الله عنها، ج 4، ص 23.

4 - [سورة المائدة: الآية 67]

5 - النجيمي، محمد: حكم إبرام عقود الأحوال الشخصية والعقود التجارية عبر الرسائل الإلكترونية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السعودية، 60، 2003، ص 10.

6 - الأشقر: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 111.

7 - النجيمي: حكم إبرام عقود الأحوال الشخصية والعقود التجارية عبر الرسائل الإلكترونية، مرجع سابق، ص 10. مطر، أحلام إبراهيم: عقد النكاح بوسائل الاتصال الحديثة، المؤتمر العلمي الأول لطلاب وطالبات التعليم العالي، 15-3-1423هـ، ص 21.

ب - حكم إبرام عقد الزواج عن طريق وسائط المشاهدة والمشاهدة:

تعد هذه الصورة الوجه الجديد في مسألة إبرام عقود الاحوال الشخصية؛ إذ أتاحت الوسائل الحديثة على تنوعها إمكانية تواصل المتعاقدين البعيدين مكاناً، وجعلهم حاضرين زماناً، من خلال نقل مباشر صوتاً وصورة لمجريات خطابهما، وفحوى مجلسهما. كل ذلك بفضل تكنولوجيا الأجيال المتقدمة للهواتف الجواله، والحواسيب الآلية الموصولة بشبكة الأنترنت.

فما حكم الفقه في هذه العقود من حيث التصحيح والإبطال؟

للإجابة على هذا السؤال سنتولى بحيث رأي العلماء المعاصرين في هذه النازلة بين اتجاه مؤيد، وآخر معارض:

-الاتجاه المانع: حيث قالوا بعدم صحة عقود الزواج الواقعة مشاهدة عبر الهواتف وشبكات الأنترنت. وإلى ذلك تحت اللجنة الدائمة للإفتاء¹ وغالبية علماء مجمع الفقه الإسلامي بجدّة²، وهو رأي كثير من علماء الأزهر كمنيع عبد الحليم محمود، وعبد العظيم المطغي، وعبد الصبور شاهين...³. ومستندهم في هذا الرأي هو:

الاحتياط للفروج وعقود النكاح يمنع إبرامها عبر الوسائل الحديثة التي سهلت سبل الخداع والتغريب بالناس من خلال تقمص أصواتهم ومحادثاتهم، "حتى إن أحدهم يقوى على أن يتمثل جماعة من الذكور والإناث صغاراً وكباراً. ويجاكبهم في أصواتهم، وفي لغاتهم المختلفة محاكاة تلقي في نفس السامع أن المتكلمين أشخاص، وما هو إلا شخص واحد"⁴. فحق عقود الزواج أن يحضر أطرافها جميعاً وليا وزوجاً وشهوداً في مجلس واحد، يمكنهم من التحقق من هوياتهم، ولما لم يتوافر ذلك عبر الوسائط الحديثة فهو باطل⁵.

الزواج عبر الوسائل الحديثة مدعاة للتلاعب بالعلاقة الأسرية المقدسة من أهل الأهواء والنفوس المريضة، عبر فتح باب الفتنة للشباب لإفساد المسلمات والتغريب بهن وقد يكون مآل ذلك استجرارهن لغايات دنيئة ليس أقلها الزنا والعياذ بالله⁶.

1 - ابن باز وغيره: فتاوى إسلامية، جمع وترتيب محمد بن عبد العزيز المسند، دار الوطن، السعودية، د.ط، د.ت، ج 3، ص 153.

2 - ينظر بحث كل من إبراهيم دوغر "حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة"، ومحمد الفرفور "حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة"، ووهبة الزحيلي "حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة". مجلة مجمع الفقه الإسلامي، السعودية، ع6، 1990، ج2، ص 785 وما بعدها.

3 - فاروق الدسوقي، محمد: علماء ازهريون يرفضون فتوى عميد كلية الشريعة بتحليل زواج الأنترنت، مجلة الوعي الإسلامي، ع 465، 1425، ص 25 وما بعدها.

4 - ابن باز وغيره: فتاوى إسلامية، مرجع سابق، ج3، ص 153 و154.

5 - فاروق الدسوقي، محمد: علماء ازهريون يرفضون فتوى عميد كلية الشريعة بتحليل زواج الأنترنت، مرجع سابق، ص 25.

6 - فاروق الدسوقي، محمد: علماء ازهريون يرفضون فتوى عميد كلية الشريعة بتحليل زواج الأنترنت، مرجع سابق، ص 25.

-الاتجاه المؤيد: أجاز بعض المعاصرين إبرام عقود الزواج عبر تقنية الهاتف والإنترنت وغيرها مشافهة، ومن باب إذا كانت مرتبة لزيادة الوثوقية التي تتيحها، ولتحقيقها لجملة الشروط التي يشترطها الفقهاء على اختلاف مذاهبهم في مثل هذه العقود؛ كحضور أطراف التعاقد من ولي وزوج، وتلفظهما بالصيغة، وسماع الشهود للإيجاب والقبول، مع المولات بينهما. فكان حق مثل هذه الصور من العقود الصحة لعدم ما يفيد إبطالها.

وإلى هذا الرأي ركن كل من مصطفى الزرقا¹، وإبراهيم الدبو²، ومحمد عقلة³، وبدران أبو العينين بدران⁴، وعمر سليمان الأشقر⁵.

الرأي الراجح: بعد عرض رأيي المسألة، لعل أصوبهما وأقربهما إلى الحق المذهب المميز لانعقاد الزواج من خلال الاتصال مشافهة بين أطراف العقد، وحضور الشهود، فإذا انضمت إلى ذلك ميزة نقل الصورة التي عليها العقد فإن مجلسه يعتبر مجلس تعاقد بين حاضرين، وتنطبق عليه بالتالي الأحكام الأصلية المقررة للعقد العادي، ولا حجة للمانع من الانعقاد بدعوى الاحتياط للأبضاع؛ فإن مقتضى التحوط اتخاذ إجراءات سلامة لإجراء عقد الزواج عبر هذه الوسائل لا المنع منه⁶. وقد أثبتت التكنولوجيا الحديثة قدرتها على الحد من التزوير، ومنع الغش، والتغريب بين المتعاقدين من خلال استظهارهم لشخصهم، وأوراق ثبوتيتهم، وشهود العقد، عبر كاميرات رقمية فائقة الدقة. ويمكن للدولة "إنشاء طرائق لإجراء مثل هذه العقود، كأن يجري العقد عبر أجهزة الهاتف، أو الحاسوب المتصلة بقاعات المحاكم لإضفاء الرسمية عليها، خاصة وأن عقود الزواج اليوم لا تقبل المحاكم توثيقها إلا إذا جرت عن طريق القاضي أو عن طريق من يأذن له القاضي بإجراء العقود"⁷.

2- الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة في الفقه الإسلامي

أ- الطلاق عن طريق الكتابة الإلكترونية:

- 1 - عقلة، محمد: حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، الهاتف البرقية التلكس، مجلة الشريعة، الكويت، ع7، 1986، ص 135.
- 2 - الدبو، إبراهيم: حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، السعودية، ع6، 1990، ج2، ص 831 وما بعدها.
- 3 - عقلة، محمد: حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، مرجع سابق، ص79 وما بعدها.
- 4 - عقلة، محمد: حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، مرجع نفسه، ص 135.
- 5 - الأشقر: عمر سليمان: أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط 1، 1997، ص 84.
- 6 - الأشقر: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 111.
- 7 - الأشقر: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، مرجع نفسه، ص 112.

طلاق الزوج زوجته من خلال المكاتبة بالرسالة العادية يحكمه خلاف الفقهاء القدامى الذين انقسموا بشأنه إلى فريقين:

- الفريق الأول: الذي يرى عدم وقوع الطلاق بالكتابة، وبه أخذ الظاهرية؛ فقد ذكر صاحب المحلى أن: "من كتب إلى امراته بالطلاق فليس شيئاً"¹.

واحتجوا لرأيهم هذا بأن لفظ التطلق الوارد بالقرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فِيمَا سَأَلْتُمُ الْمَعْرُوفَ أَوْ تَسْرِخُ بِإِحْسَنِ﴾² وقوله أيضاً: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾³. لا يحتل معنى الكتابة، وفي ذلك يقول ابن حزم: "ولا يقع في اللغة التي خاطبنا الله تعالى بها ورسوله ﷺ اسم تطلق على أن يكتب إنما يقع ذلك اللفظ به، فصح أن الكتاب ليس طلاقاً حتى يلفظ به، إذ لم يوجب ذلك نص"⁴.

- الفريق الثاني: الذي يرى جواز الاستعانة بالكتابة لإيقاع الطلاق بين الأزواج. واعتمد هذا الرأي جمهور الفقهاء⁵، مع اختلاف في تفاصيل وفروع هذا الجواز؛ فالحنفية يرون الكتاب على أوجه ثلاث⁶:

- ما لا يتبين فيه الخط كالهواء والماء، فلا يقع به شيء سواء نوى الطلاق أم لم ينو.
 - ما كان فيه الخط مستبيناً لا على رسم الرسالة؛ ففيه النية فإن نوى طلق عليه، والا فلا، لأن: "مثل هذه الكتابة قد تكون للإيقاع، وقد تكون لتجربة الخط والقلم والبياض...."⁷
 - ما كانت الكتابة فيه مستبينة ومرسومة: فيقع الطلاق وإن ادعى خلافه.
- أما المالكية فيقسمون مسألة الطلاق بالكتابة إلى حالين اثنين هما:⁸
- إذا كان مجعاً الطلاق، أو لم تكن له فيه نية أصلاً فيقع الطلاق ناجزاً طاهراً كانت المرأة أو حائضاً.

1 - ابن حزم: المحلى، مرجع سابق، ج 9، ص 454.

2 - [سورة البقرة: الآية 229]

3 - [سورة الطلاق: الآية 01]

4 - ابن حزم: المحلى، مرجع سابق، ج 9، ص 454.

5 - السرخسي، كتاب المبسوط، مرجع سابق، ج 6، ص 143. ابن رشد: البيان والتحصيل، مرجع سابق، ج 5، ص 370. المزني، مختصر المزني، مرجع سابق، ج 8، ص 296. الكلوزاني، الهداية على مذهب الإمام أحمد، مرجع سابق، ص 420.

6 - الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج 03، ص 109. ابن مازة: المحيط البرهاني، مرجع سابق، ج 03، ص 274.

7 - السرخسي، كتاب المبسوط، مرجع سابق، ج 6، ص 143.

8 - ابن رشد: البيان والتحصيل، مرجع سابق، ج 5، ص 371. ابن الحاجب: جامع الأمهات، مرجع سابق، ص 297.

- إذا كانت نيته النظر والمشاورة والاستخبار ليرى رأيه فيه، لم يقع ما دام الكتاب لم يخرج من يده. أما الشافعية والحنابلة فيرون أن الطلاق عبر الرسالة واقع إذا اتجهت إليه نية الزوج. فإن ادعى به تجويد خط، أو غم أهل قبل قضاء، وأوكلت سريرته إلى الله¹.

ب- الطلاق عن طريق وسائط المشافهة والمشاهدة:

أما الطلاق عبر الوسائل التقنية الحديثة سواء كان مكاتبة عبر رسائل الجوال، والبريد الإلكتروني، أو مشافهة عبر الهاتف أو غرف المحادثة والأنترنت، فهو نازلة مستجدة تباينت بشأنها رؤى علماء هذا العصر بين مجيز ومانع، على التفصيل التالي:

- الفريق المانع: حيث يرى أصحابه منع إيقاع الطلاق عبر هاته الوسائل المستحدثة وعدوه بدعة مستحدثة يجب على الحكام لجم الناس عن الوقوع في أسارها². وإلى هذا الرأي يميل محمد أبو ليلة وأحمد عبد الرحيم السايح، والقرضاوي، وسعاد صالح، وعبد الصبور شاهين وغيرهم³. ومرتكز حججهم في ذلك أن الطلاق على هذا النحو غير مأمون العواقب ويمكن أن يدخله من الغش والخداع والتزوير ما يورث الوقيعة بين الأزواج؛ لا سيما في هذا العصر الذي يشهد تقدماً رهيباً في التكنولوجيا؛ أين أضحى من اليسر قرصنة حسابات البريد الإلكتروني، أو تقليد الأصوات في المراسلات الهاتفية. وفي ذلك يقول القرضاوي: "إن القرصنة لم تبق شيئاً سرياً؛ حيث يمكن للإنسان أن يعرف كلمة المرور الخاصة بكل متعامل مع الأنترنت، وأن يعرف توقيعه، وموقع زوجته، وأن يفعل ما يشاء وتقع المصائب"⁴.

كما احتج أنصار هذا الفريق بأن في هذه الطريقة من التخليق مساساً بقدسية الزواج وإسفافاً بجرمة الطلاق الذي هو أبغض الحلال إلى الله. وإتاحة الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة بهذا اليسر فيه تجرئة للناس على ولوج بابيه، والتساهل فيه، رغم أن المسنون فيه التروي، وإيقاعه بعد مراحل من الإصلاح والتحكيم⁵.

¹ - الجويني، أبو المعالي: نهاية المطلب في دراية المذهب، مرجع سابق، ج 14، ص 73. النووي، المجموع شرح المذهب، مرجع سابق، ج 17، ص 119 و120. الكلوزاني، الهداية على مذهب الإمام أحمد، مرجع سابق، ص 420. ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه أحمد ابن حنبل، مرجع سابق، ج 3، ص 120. ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 486 و487.

² - زوزو، فريدة: أثر التكنولوجيا الحديثة في النظر الفقهي: "الطلاق بالهاتف النقال نموذجاً، موقع الإسلام اليوم،

تاريخ الاطلاع: 2014-11-30، <https://www.islamtoday.net/bohooth/services/printart-86-6525.htm>.

- مقال الطلاق عبر ال "ا س ام اس" هل يجوز شرعاً؟، جريدة الشرق الاوسط، السعودية، ع 10649، 24-01-2008، ص 5.

³ - سلامة، زياد محمود: الطلاق بواسطة وسائل الاتصال الحديثة، مجلة هدي الإسلام، الأردن، مج 55، ع 7، 2011، ص 85.

⁴ - سلامة، زياد محمود: الطلاق بواسطة وسائل الاتصال الحديثة، مرجع نفسه، ص 85.

⁵ - مقال الطلاق عبر ال "ا س ام اس" هل يجوز شرعاً؟، مرجع سابق، ص 5.

- الطلاق الإلكتروني لا تتوافر معه شرائط الطلاق وآدابه كالتأكد من طهر الزوجة لحظة الوقوع، كما لا يتبين للزوجة في الغالب نوعه ولا عدده، وفي ذلك إضرار كبير بما¹.

الطلاق المستحدث يناقض مقصود وجوده؛ وهو التسيير على الناس، وتسهيل التواصل لمن أعذره البعد أو العجز عن التنقل. والا فأي مغزى من اشتراط المجيزين لضرورة التثبت من نية الزوج عبر استدعائه أمام القضاء لتأكيد واقعة الطلاق؟

-**الفريق المجيز:** إذ يقول أصحابه بصحة الطلاق الواقع عبر الهاتف والأنترنت كتابة، أو مشافهة، أو وجاهة. وبذا أخذ نصر فريد واصل، وأسامة عمر الأشقر، وفرحات المنجي، وزكي عثمان وسيد وفا أبو عجوز، وحمد الزرين، وعمر الخولي، وإبراهيم الحمود، وعياض السلمي، ويوسف الأحمد وغيرهم²، وعلى هذا استقرار رأي لجنة الإفتاء بالكويت³.

فالطلاق المتأني من وسائل الاتصال الحديثة؛ كالمحمول والحاسوب واقع شرعا بمجرد التلفظ به من الزوج، أو كتابته، على اعتبار أن العصمة الزوجية بيده لقوله ﷺ: "إنما الطلاق لمن أخذ بالساق"⁴. ولا يتوقف فكها على حضور الزوجة، أو موافقتها، أو حتى إخبارها. وفي ذلك يقول أسامة عمر الأشقر: "إذا طلق الرجل زوجته مشافهة عن طريق الهاتف، أو الكمبيوتر المرتبط بشبكة الأنترنت فإن الطلاق واقع شرعا، لأن الطلاق لا يتوقف على حضور الزوجة، ولا رضاها، ولا علمها"⁵.

استدلوا في رأيهم هذا إلى أن الطلاق بصورته النازلة ليس نوعا مبتكرا في فرق النكاح، بل هو مجرد وسيلة مستجدة لإثبات الطلاق عبر وثيقة إلكترونية يسري عليها ما يسري على الأوراق التقليدية من

1 - سلامة، زياد محمود: الطلاق بواسطة وسائل الاتصال الحديثة، مرجع سابق، ص 86.

2 - الداني، عبد الله: الطلاق الإلكتروني تعددت الوسائل والطلاق واقع، جريدة العكاظ، سنة 52، ع15888، 2010/2/25، ص17. سلامة، زياد محمود: الطلاق بواسطة وسائل الاتصال الحديثة، مرجع سابق، ص 87. الأشقر: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 112.

3 - تنظر الفتوى رقم 6443 من كتاب: مجموعة الفتاوى الشرعية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الكويت، د.ط، 2002، ج 20، ص 269.

4 - ابن ماجه، السنن، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب طلاق العبد، ج 1، ص 672. الدارقطني، السنن، مرجع سابق، كتاب الطلاق والخلع، باب في المرأة تقتل إذا ارتدت، ج 05، ص 67. البيهقي، السنن الكبرى، مرجع سابق، كتاب الخلع والطلاق، باب طلاق العبد بغير إذن سيده، ج 7، ص 591. قال وفيه ضعف.

5 - الأشقر: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 112.

أحكام¹. فالطلاق بهذه الصيغة صحيح لاستكمالها شرائط سنته، وآداب شرعيته المنصوصة في الفقه، وليس الإشهاد جزءاً منها².

وإذا كان الطلاق الإلكتروني محل شبهة التزوير والغش، فقد اشترطوا له للسلامة من ذلك إقرار الزوج بصحة نسبة الخطاب الكتابي أو الصوتي إليه، وفي ذلك يقول عوض القرني "إذا نطق الإنسان بالطلاق عند كتابته سواء أكان في الحاسوب أم الهاتف، وكان قاصداً واعياً مختاراً، وإذا تثبتت المرأة وصول هذه الرسالة من زوجها، فإن حكم الطلاق في حقها واقع"³.

ثالثاً: إبرام عقد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة وانتهائه في القانون الجزائري

1- الحكم القانوني لإبرام عقد الزواج مكتاباً

لم ينص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على مسألة التعاقد الإلكتروني كتابة في إبرام عقود الزواج، إذ اقتصر نص المادة العاشرة منه على الأصل العام للتعبير عن ركن الزواج الأوحده؛ ممثلاً في الرضا إيجاباً وقبولاً واشترطت له أن يكون شفاهة، مادام الطرف قادراً عليه، بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً. بينما نصت الفقرة الثانية منها على إمكانية صدور الصيغة بكل ما يفيد هذا المعنى لغة أو عرفاً، سواء أتم ذلك بالكتابة أم بالإشارة، وهو ما يعني أن التشريع الأسري الجزائري يميز نمط الكتابة العادية في إبرام عقود الزيجات. وكان المشرع الجزائري قد وسع مفهوم هذه الأداة - بالإصلاح المدني الجديد 05-10⁴ - بإدراج شكل الكتابة المثبت بدعامة إلكترونية، ليصبح مفهوم هذه الأداة - بحسب المادة 323 مكرر الجديدة - يعني: "كل تسلسل حروف، أو أوصاف، أو أرقام، أو أية علامات، أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها". فالنص القانوني صريح في الاعتراف بالكتابة الإلكترونية، كدليل إثبات قانوني لقيام الالتزام أو التخلص منه. وهو ما أكدته المادة 323 مكرر 1- المستحدثة بذات القانون - إذ جاء في نصها: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن

1 - الداني، عبد الله: الطلاق الإلكتروني تعددت الوسائل والطلاق واقع، مرجع سابق، ص 17.

2 - سلامة، زياد محمود: الطلاق بواسطة وسائل الاتصال الحديثة، مرجع سابق، ص 88 و89. الأشقر: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 112.

3 - الداني، عبد الله: الطلاق الإلكتروني تعددت الوسائل والطلاق واقع، مرجع سابق، ص 17.

4 - أدرج المشرع الجزائري صيغة الكتابة الإلكترونية ضمن مفهوم لفظة "الكتابة"، باعتبارها دليل إثبات قانوني معترف به في المادة 323 مكرر من التعديل القانوني رقم 05-10 للقانون المدني. ينظر القانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل والمتعم للأمر 75-58، المتعلق بالقانون المدني، الجريدة الرسمية، في 26 يونيو 2005، ع 44، ص 17.

سلامتها". وإذا كان هذا حال الموقف التشريعي مع الكتابة الإلكترونية باعتبارها أحد أصول الإثبات المدني، فإن التساؤل يثور بشأن القيمة القانونية لهذه الأداة كصورة من الصور المعتمدة للتعبير عن الإرادة من عدمها؟

وبالرجوع إلى نص المادة 10 من قانون الأسرة، نجد أن المشرع الجزائري قد ربط الاستثناء الوارد بالفقرة الثانية من المادة، والمتعلق بإجازة طريق الكتابة للتعبير عن الإرادة، بكون الشخص عاجزا عن التعبير عنها بالكلام، دون أن يحدد مفهوم هذا العجز، ولا المقصود منه. إذ أن الإجابة على هذا الإشكال تتوقف على تفسير صور هذا التعذر ورصد حالاته، وعليه فيمكن القول بأن التفسير الضيق للفظ "العجز" الوارد بالمادة 10 يقتضي قصر صور التعذر على حالة الأخرس العاجز عن الكلام. ومنه عدم صحة الاحتجاج بالكتابة- إلكترونية كانت أو عادية- في التعبير عن إرادة أطراف الزواج في إبرامه.

و هذا بخلاف اعتماد التفسير الموسع لهاته اللفظة، والذي يقتضي أن يمتد مفهوم التعبير ليشمل- إضافة إلى الخرس- تعذر حضور مجلس العقد، وبالتالي إجازة اعتماد نمط الكتابة الإلكترونية كنمط قانوني في التعبير عن الإرادة لمن نأت به المسافة، وقصر به البعد عن حضور مجلس انعقاد الزواج. وهذا هو الذي يرححه الفقه القانوني، إذا ما روعيت أركان وشروط الزواج القانوني المثبتة بالمادتين 9 و9 مكرر من قانون الأسرة، وذلك تيسيرا على الناس، ودفعاً للحرج عن المتعاقدين الذين قد تبعد بهم المسافات آلاف الكيلومترات، مادامت الكتابة المثبتة بدعامة إلكترونية، وتضمن قيام العقد بشروطه القانونية، بل ولها مزية إتاحة إمكانية إثبات وقائعه وحيثياته للطرفين أمام السلطات المكلفة بإثباته، وتسجيله، أو للمطالبة بالحقوق المترتبة عليه، فضلا عما في هذه الآلية من سرعة وريح للوقت¹.

وقد كان مأمولا من المشرع الجزائري-على غرار بعض التشريعات العربية²- استصدار تشريع مستقل بالعقود المدنية الإلكترونية لتنظيم شروط إبرامها، وكيفيات إثباتها، وآثارها القانونية على أطرافها. غير أن شيئا من ذلك لم يحصل، وهو ما يبقى لمساحة الاضطراب والتضارب أن تتسع على مستوى التطبيق القضائي لهذا الموضوع عند تنزيل أحكام قانون الأسرة على وقائع الناس اليوم، وفي ظل انعدام نماذج لهذه التنزيلات على مستوى القرارات المنشورة، يتعذر على البحث تتبع أثر غياب التنظيم التشريعي على التطبيق الواقعي الحاصل على مستوى القضاء الجزائري.

¹ - صالح، عبد الرحيم: انعقاد الزواج بالبريد الإلكتروني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة دفاتر السياسة، ورقلة، ع7، جوان 2012، ص 194.

² - كالتشريع الإماراتي والأردني مثلا.

2- الحكم القانوني لإبرام الزواج مشافهة أو مشاهدة:

يمكن القول كأصل عام بأنه ليس في قانون الأسرة الجزائري ما يضاد قيام عقد الزواج إلكترونياً بالمشافهة أو الرؤية بين أطراف العقد، إذا استجمع أركانه وشرائطه المنصوصة قانوناً. فالعبرة في صحة انعقاد الزواج بالرضا المتبادل بين الزوجين بإيجاب وقبول متصلين من حيث الزمان، متوافقين من حيث المضمون، ناجزين من حيث الصيغة، بأي لفظ يفيد معنى النكاح؛ كما هو نص الفقرة الأولى من المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري، والتي تنص على أنه: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين، وقبول من الطرف الآخر، بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً". وهذا ما يتوافر لتقنية المجلس المبرم وفق نمط التخاطب الإلكتروني؛ سواء أكان ذلك بالصوت فقط، أم بالصوت والصورة معاً.

وإذا كان الاجتهاد القضائي مستقراً على الاعتراف بعقود الزواج المغفلة إذا أثبتتها شهادة العيان بحضور العقد، أو بالشهادة على الزواج المعلن بحضور الزفاف، أو بما دون ذلك كشهادة التسامع على كون الطرفين متزوجين، وفق الشروط والأركان التي يقرها الشرع والقانون¹، فإن الأولى الاعتراف بالصورة المستجدة والنازلة المستحدثة، لأنها زيادة على الإثبات القائم على الشهادة، فإنه يمكن الاستئناس بنسخ من الوسائط الصوتية أو المرئية المدعومة إلكترونياً فضلاً عن إمكانية الاستئناس بنسخ مكتوبة إلكترونياً، وهو ما يعطي موثوقية ومصداقية أكبر للعقود.

3- الحكم القانوني لإيقاع الطلاق عبر الوسائط الإلكترونية:

يتوقف التعرف على الرأي التشريعي الجزائري لمسألة إيقاع الطلاق عبر الوسائط الحديثة، سواء أكانت كتابة، أم سماعاً، أم شفاهة على الفصل في قضية جوهرية أخرى تتعلق بموقف المشرع من الطلاق الشفهي المتخض من تلفظ الزوج بألفاظ تفيد صراحة أو كناية معنى الفرقة الزوجية؛ فالنصوص القانونية المتعلقة بموضوع الطلاق من الغموض والاضطراب، ما يجعل إشكالات عديدة تنور بشأن مدى صلاحية عبارة الزوج -و هو صاحب العصمة بقوة الشرع والقانون- لفك الرابطة الزوجية بإدارته المنفردة؟ وقد أثمر هذا الاضطراب التشريعي تناقضا وتضارباً على مستوى التطبيق القضائي، الذي تباين في تنزيلاته لتلك الأحكام القانونية على محالها الواقعية، بسبب الاختلاف في التكييف القانوني للحكم القضائي الصادر بالفرقة؛ هل هو كاشف لمراد وقصد الزوج؟ أم أنه منشئ لوضع قانوني مستقل، ومنتج لمركز قانوني خاص؟

¹ نص قرار المجلس الأعلى تحت رقم 53272، الصادر بتاريخ 1989/03/27 أنه: "من المقرر شرعاً أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان، التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة، أو حضروا زفاف الطرفين، أو شهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود وغيرهم أن الطرفين كانا متزوجين، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام الأساس القانونية، ومخالفة قواعد الإجراءات في غير محله، مما يستوجب الرفض". قرار المجلس الأعلى رقم 53272 الصادر بتاريخ: 1989/03/27، المجلة القضائية، 1990، ع3، ص82.

فالمادة 48 من قانون الأسرة تنص على اعتبار إرادة الزوج في إنهاء الرابطة الزوجية إذ جاء فيها "يجل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو"، فالمقرر من هذا النص الاعتداد بإرادة الزوج، أيا كانت الصورة التي تميمصتها، أو الشكل الذي تقلبت فيه، لفظاً كان أو كتابة أو إشارة، صريحاً كان أو كناية، ولا يناب عنه في ذلك إلا بتفويض مثبت، ولو كان القاضي نفسه مادام الداعي الشرعي إليه منتف. وذاك هو ما كرسه التنزيل القضائي في العديد من قراراته؛ سيما قرار المجلس الأعلى رقم 32786، والذي جاء في مبدئه: "متى كان من المقرر شرعاً أن الطلاق هو حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج الذي يملك وحده فك عصمة النكاح، ولا ينوب عنه في ذلك إلا من فوض لهم أمره"¹.

وقد نعى القرار على قضاة المحكمة، والمجلس القضائي الخطأ في تطبيق القانون، بمعارضة إرادة الزوج والحكم بالطلاق بين الزوجين، بناء على تكهنات واستنباطات، لم ترد في أحكام الشريعة فجاء فيه: "وإذا كان الثابت أن النزاع بين الزوجة وأولياء زوجها، ولم يثبت من ادعاءات الزوج، ولا من محضر الشهود أن الزوج تلفظ بالطلاق أو صرح به، بل بالعكس أنه مازال يطالب برجوع زوجته إليه وبإتمام الزواج، وثبت أن أولياء الزوج هم الذين منعوا الزوجة من زوجها، وطردوها من محل الزوجية، فإن قاضي محكمة الدرجة الأولى أخطأ، مثلما أخطأ قضاة الاستئناف في تعرضهم لفك الرابطة الزوجية بين الطرفين، فالأول حكم بالطلاق، والمجلس قضى بفسخ النكاح، وكلاهما لم يعلل ما قضى به تعليلاً شرعياً، وبنوا أحكامهم على استنباطات وتكهنات لم ترد في أحكام الشريعة، ومتى كان كذلك استوجب نقص القرار المطعون فيه، تأسيساً على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة أحكام هذا المبدأ".

وقد أكد الاجتهاد القضائي أن صدور إرادة الزوج شفاهة ملزم لفك الرابطة قانوناً، له ولغيره ولا يشفع له شرعاً في عدم احتساب الطلقة الصادرة عنه كون مصدرها كان صاحب العصمة، إذا ما انتهت العدة التي كان عليه مراعات القواعد الشرعية التي تضبط الرجعة فيها، فقد نص القرار رقم 35322 على أن: "من المقرر شرعاً، وعلى ما جرى به قضاء المجلس الأعلى أن تلفظ الزوج بالطلاق يلزمه، ومن المقرر أيضاً أن الرجعة لا تعتبر شرعاً إلا أثناء قيام العدة، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد حرقاً لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية"². وقصر القرار دور القاضي على إثبات طلاق الزوج المتلفظ به، وفق ما نصت عليه المادة 49 من قانون الأسرة، والتي جاء في مضمونها: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي، دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى"³.

¹ - قرار المجلس الأعلى رقم: 32786، الصادر بتاريخ: 14/05/1984، المجلة القضائية، 1989، ع2، ص66.

² - قرار المجلس الأعلى رقم 35322، الصادر بتاريخ: 17/12/1984، المجلة القضائية، 1989، ع4، ص91.

³ - تطبيقاً لذلك ينظر قرار المجلس الأعلى رقم 57812، الصادر بتاريخ: 25/12/1989، المحكمة القضائية، 1991، ع3، ص71.

إذ جاء في حيثياته: "فإنه ثبت حقا من الرجوع إلى القرار المطعون فيه أن القضاة خرقوا قواعد الشريعة الإسلامية في الطلاق، وذلك أن الطلاق هو بعصمة الزوج، وإذا صرح به فإنه يلزمه، وما على القاضي إلا إثبات ذلك بحكم كما فعل القاضي الأول، وإذا ندم الزوج المطلق أو تراجع عن طلاقه فهناك قواعد فقهية تضبط الرجعة على الزوج المطلق الالتجاء إليها، وذلك قبل انقضاء عدة المطلقة. ولم يظهر من الملف أو عناصر الدعوى أن الزوج ارتجع زوجته في مدة قبل انقضاء عدتها، وعليه فإن قضاة الاستئناف خرقوا قاعدة فقهية تمس بالشريعة الإسلامية في الطلاق، مما يستوجب النقض لقرارهم دون إحالته".

فلاعتداد القانوني بتلفظ الطلاق من الزوج يقتضي احتساب مدة العدة من تاريخ هذا التلفظ، وإذا أراد الزوج ارتجاع زوجته وفق ما تقضي به المادة 50 من قانون الأسرة، فلا يجب أن يخرج ذلك عن الحيز الزمني لهذا الاحتساب بحسب نوعها (بالقرء أو بالأشهر أو بالوضع)، وهو ما أكدته قرار المحكمة العليا 395557 الصادر بتاريخ 2007/05/09، حيث جاء فيه: "حيث أن القرار المطعون فيه جاء معللا ومسببا بما فيه الكفاية؛ وذلك لأن المطعون ضده (الزوج) تمسك بالرجوع مادامت العصمة بيده، وأن الطلاق الذي صدر منه رجعي، ما دام أنه تراجع عن ذلك، وسعى إلى إرجاعها في خلال مدة عشرين يوما قبل فوات مدة العدة شرعا"¹.

غير أن نص المادة 49 صريح في ابتداء هذا الاحتساب من تاريخ رفع الدعوى². وهو أمر يترتب عليه في أغلب القضايا - بسبب طول الفصل في النزاعات أو التأخر في رفعها - القول بازدواجية الطلاق؛ بين فرقة شرعية مستندة إلى التلفظ الصادر عن الزوج، وبين طلاق قانوني مستندة للحكم القضائي البات في الرابطة الزوجية بالبينونة، مما يترتب على ذلك تناقض وتضارب في الآثار؛ من حيث العدة، والنفقة، والنسب، والميراث³، ويتوجب على المشرع تدارك هذا العيب التقني حسما لثلمة الاضطراب التطبيقي، ومنعا لمضادة أحكام الشريعة في الابضاع، والنفقات، والفرائض المحدودة من الشرع، وقصر الدور القضائي

1 - قرار المحكمة العليا رقم 395557، الصادر بتاريخ: 2007/05/09، مجلة المحكمة العليا، 2008، ع 02، ص 301.

2 - استمد المشرع هذا المنهج التشريعي من القانون 59-247 الصادر سنة 1959 والمتعلق بالزواج والطلاق بين الجزائريين، حيث تنص المادة السادسة منه على أنه: "لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة"، والموافقة للمادة 247 من القانون المدني الفرنسي، والفصل 30 من قانون الأحوال الشخصية التونسي.

3 - للاستفاضة في تضارب ازدواجية الحاصلة للطلاق بالإرادة المنفردة وتناقض آثارها، ينظر - عمرو، خليل: ازدواجية الطلاق بين الشريعة والقانون لما يكون يارادة الزوج والآثار المترتبة عنه، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجزائر، ع 19، 2014، ص 305 و ما بعدها. - مبروك، المصري: إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دراسة وتحليل، مجلة دار العلوم للغة العربية وآدابها والدراسات الإسلامية، مصر، مج 16، ع 33، 2009، ص 245 و ما بعدها. - نعم، مراد: من معوقات الممارسة القضائية في التشريع الاجرائي الأسري، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، الجزائر، ع 10، جوان 2013، ص 122 وما بعدها، ابن سنوسي، فرجي: إشكالية الطلاق العربي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق للبحوث القانونية، مصر، ع 1، 2005، ص 81.

في إثبات الفرقة وتسجيلها، حماية للحقوق، وحفظاً للأنساب، وجعل مدار حساب العدة زمن إرادة الزوج الصادرة ابتداء كما هو مقرر قضاء.

وإذا ثبت - بعد هذا - الاعتداد القانوني والقضائي بإرادة الزوج في إنهاء العصمة الزوجية، غير أن الإشكال يثور بشأن إمكان إيقاع هذه الإرادة عبر وسائل الاتصال الحديثة.

ويمكن القول بأن سياق نص المادة 48 من قانون الأسرة لم يشترط شكلاً محدداً، ولا قالها معينا لصدور إرادة الزوج المعبرة عن نيته وتوجه قصده لفك الرابطة الزوجية. وحسنا فعل المشرع؛ إذ أن هذه الصياغة المرنة تحمل كل الصور المعبرة عن المقصود، مادام النص عام السياق، والذي جاء فيه أنه: "يجل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج"، فإذا كانت الصورة المشتهرة للطلاق تتم بشكل التلفظ شفاهة بأي لفظ يفيد الفرقة، فإنه ليس في النص القانوني ما يمنع أن تكون صورة الإرادة مجسدة في قالب الكتابة، لأن الصورتين محض قوالب للتعبير عن هذه الإرادة وإخراجها إلى فضاء الواقع والحقيقة، بعد أن كانت مجرد مكنون محتبس في النوايا والصدور.

وعليه - وفي غياب نماذج تطبيقية للقضاء الأسري - يمكن القول بأن يجوز قانوناً الالتجاء إلى الوسائط الحديثة لاستصدار مراد الزوج في إنهاء العلاقة الزوجية، شرط إثبات ذلك بنسخ من الكتابات المثبتة بالدعامات الإلكترونية، وفق نص المادة 323 مكرراً من القانون المدني الجزائري، أو بالإشهاد وفق نصوص قانون الحالة المدنية، ووفق ما قرره المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1985/11/04 والذي نص في مبدئه على أنه: "يستوجب نقض القرار الذي اعتمد في إثبات وقوع الطلاق بإرادة الزوج على شهادة شهود لم تحدد تاريخ مكان هذا الطلاق، ولم تذكر أسماء الأشخاص الذين حضروا بمجلس الطلاق لتأكيد صحته، ذلك أن هذه الشهادة يكتنفها الغموض والنقص في محتواها"¹.

و يمكن للقاضي - في حال عدم الدليل - توجيه اليمين إلى الزوج في حال إنكاره إصدار الطلاق كتابة أو تلفظ عبر هذه الوسائل للثبوت، وقد جاء في قرار المحكمة العليا رقم 395557 أن: "الحكم المستأنف كان قد قضي بتاريخ: 2003/12/13 تحت رقم 2003/1160 قبل الفصل في الموضوع بتوجيه اليمين للمدعي عليه في الطعن، يؤديها بالمسجد العتيق يوم الجمعة بعد الصلاة، وبحضور المدعي عليه في الطعن، والمحضر القضائي بالصيغة التالية: "أقسم بالله العلي العظيم بأني لم أتلفظ بكلمة الطلاق أمام أي فرد من عائلة المدعية في الطعن"².

¹ - قرار المجلس الأعلى رقم 38105، الصادر بتاريخ: 04 / 11 / 1985، المجلة القضائية، 1989، ع1، ص 98.

² - سبقت الإشارة إليه.

المطلب الثالث: المسائل المتعلقة بآثار الزواج وانحلاله

نتولى في هذا الجزء من البحث رصد بعض الأعمال النوازلية التي تنتج كأثر من آثار قيام الزوجية بالعقد الشرعي، لدراسة الحكم التكليفي الواجب التطبيق في حق صورها الجزئية، ومثلنا لذلك بنازلة الوصية الواجبة في فرع أول، ومسألة التعويض عن الطلاق في حال التعسف في استعماله في فرع ثان.

الفرع الأول: الوصية الواجبة

الأصل في الوصايا أن تكون اختيارية وطوعية، لأنها تمليك على وجه التبرع مضاف لما بعد الموت، غير أن المشرع الأسري - لظروف مستجدة - رأى إيجاب الوصية قضاء لفئة مخصوصة من الأقارب هم الأحفاد، دفعا لمظنة الغبن عنهم، وتعويضهم عما يمكن أن يفوتهم من الميراث، بسبب سبق الموت إلى أصلهم في حياة أبويه، وهو ما تسميه التشريعات العربية "الوصية الواجبة". وهي ابتداء تشريعي جديد لم يسبق بمثله في المذاهب الفقهية المشهورة من حيث التفصيل والتخصيص والاستحقاق¹، وستتولى في هذا الفرع الفصل في بحث مفهومها، وحكمها، ومدارسة الشرائط الناظمة لها، وتبيان كيفية حل مسائلها فيما يلي من بنود.

أولاً: تعريف الوصية الواجبة

نتطرق ابتداء لتعريف المفردات المكونة للاصطلاح المركب على حدى، ثم التعريف بالمصطلح باعتباره اللقبى.

1- تعريف الوصية الواجبة باعتبارها اصطلاحاً مركباً:

أ- تعريف الوصية:

الوصية في اللغة مأخوذة من وصيت الشيء أوصيه إذا وصلته، ووصيت إلى فلان، وأوصيت إليه إيصاء بمعنى عهدت إليه، والاسم الوصاة والوصاية والوصية. وقد تعني الفرض، كما في قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾²؛ أي يفرض عليكم³.
و للفقهاء في تعريف الوصية مذاهب شتى:

1 - أبو زهرة: أحكام التركات، دار الفكر العربي، مصر، د.ط، د.ت، ص 349.

2 [سورة النساء: الآية 11]

3 - ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ج 6، ص 116. ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، ج 15، ص 393. الزبيدي: تاج العروس، مرجع سابق، ج 40، ص 208 و 209.

- عند الحنفية: هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع¹.
 - عند المالكية: هي عقد يوجب حقا في نكث مال عاقده يلزمه بموته أو يوجب نيابة عنه بعده².
 - عند الشافعية: هي التبرع بجزء من المال مضاف إلى ما بعد الموت³.
 - عند الحنابلة: هي التبرع بالمال بعد الموت⁴.
- و قد اعتمد المشرع الجزائري تعريف الحنفية بالمادة 184 من قانون الأسرة الجزائري.

ب- تعريف الواجبة:

أصلها في اللغة من "وجب" بمعنى حق ووقع، كما تعني اللزوم والثبات⁵.

2- تعريف الوصية الواجبة باعتبارها لقبا

عرفت الوصية الواجبة بتعاريف عديدة أجودها تعريف عبد الرحمان العدوي والذي حدّ فيه هذا النوع من الوصية بأنها: "نصيب معلوم من التركة جبر الفرع الولد الذي مات في حياة مورثه بشروط مخصوصة"⁶ و فيما يلي شرحه:

- "فالتملك": جنس جامع لكل أنواعه سواء أكان حاصلًا ببيع أم هبة أم صدقة أم....

- "نصيب معلوم": هو نصيب الولد الذي مات في حياة أحد أبويه من ميراث أصله الذي كان سيأخذه في حال بقي حيا.

- "جبرا": يخرج به من الحد الوصايا الاختيارية التي يتطوع بها الشخص لمن يريد من أقاربه وغيرهم، فهي وصية ملزمة قانونا، ويتحتم على القضاء تطبيقها تلقائيا بقوة القانون.

- "الفرع الولد الذي مات في حياة مورثه": يخرج به فروع الأولاد الأحياء، فإنهم محجوبون بأصولهم، كما يخرج باقي الأقارب سواء كانوا ورثة أصحاب فروض فيأخذون أنصبتهم، أم من ذوي الرحم الذين لا يرثون إلا بانعدام الورثة في أحوال مخصوصة، ليست منها الوصية الواجبة.

¹ - السمرقندي، أبوبكر: تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، لبنان، ط2، 1994م، ج 2، ص 225. البايرتي، أكمل الدين: العناية شرح الهداية، مرجع سابق، ج 10، ص 412.

² - المواق، محمد: التاج والإكليل، مرجع سابق، ج 8، ص 513. الخطّاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج 6، ص 364.

³ - الغزالي، الوسيط، مرجع سابق، ج 4، ص 401.

⁴ - ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج 1، ص 64.

⁵ - ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، ج 01، ص 793. ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ج 6، ص 89 و90. الفيومي: المصباح المنير، مرجع سابق، ج 02، ص 648.

⁶ - العدوي، عبد الرحمن: الوسيط في الفقه الإسلامي في الموارث، دار الطباعة المحمدية، مصر، ط 2، 2006، ص 86.

- "بشروط مخصوصة": نص القانون على أوضاع محددة، وشروط مفصلة لا بد من توافرها في الأحفاد، وفي الأصل المتوفي حتى يتحقق لهم التنزيل على وجهه القانوني، وستأتي على بيانها في حينها¹. و هذا التعريف على دقته² - إلا أنه يتناسب والرأي التشريعي الذي يقول بوجوب تنزيل الأحفاد المتأثرين من الأبناء والبنات المتوفين في حياة آبائهم وأمهاتهم كما سيتبين لنا، غير أنه لا يتواءم والرأي القانوني المعمول به في التشريع الأسري الجزائري الذي انفرد دون التشريعات العربية في تسمية الوصية الواجبة بالتنزيل "L'Héritage Par Substitution"، والذي نظمه بالفصل السابع من الكتاب الثالث المتعلق بالميراث رغم كونه وصية، و قصر فيه مبدأ الاستحقاق للوصية على أحفاد الأبناء الذكور دون البنات - كما سنرى -، و عليه فيمكن القول بأن تعريف الوصية الواجبة - من وجهة نظر تشريعية جزائرية - هو: "تمليك نصيب معلوم - في حدود ثلث التركة جبراً لفرع الابن الذي مات في حياة مورثه أو معه، بشروط مخصوصة".

ثانياً: حكم الوصية الواجبة

تعد الوصية الواجبة نازلة تشريعية مستحقة أوجبها المشرع المصري لأول مرة بالقانون رقم 71 الصادر سنة 1946 بشأن الوصية³. وتابعه في ذلك المشرع السوري في تقنينه الأسري سنة 1953 م، ثم التشريع الأسري التونسي؛ إذ تبنت مجلة الأحوال الشخصية لعام 1956 هذا المنهج القانوني، كما أخذت به مدونة الأحوال الشخصية المغربية سنة 1958، والقانون الفلسطيني سنة 1962، والقانون الكويتي سنة 1971، والتشريع الأردني سنة 1976⁴، ثم قانون الأسرة الجزائري سنة 1984، و عليه فلا بد من بحث السند الشرعي لهذا الاجتهاد التشريعي، ومكاشفة أسسه الناهضة بالتحجيج له والتدليل عليه ويمكن أن نجعلها في التالي⁵:

1 - العدوي، عبد الرحمن: الوسيط في الفقه الإسلامي في الموارث، مرجع سابق، ص 86 و 87.

2 - دقة هذا الحد لم تحل دون تحمل صياغته لعيوب؛ من مثل عدم تسقيفه للنصيب المستحق بثلث التركة، فضلاً عن إغفاله عن النص على حالة وفاة الولد مع أصله في حوادث متحدة أو متفرقة.

3 - لاقت فكرة إيجاب الوصية في صورتها الحالية معارضة عنيفة داخل وخارج لجنة الأحوال الشخصية التي أسند إليها صياغة قانون الوصية، ويعد الأستاذ محمد أحمد فرج السنهوري هو عراب هذا الحل المبتكر، وصاحب السبق فيه، الذي أعمل على إبرازه إلى الوجود، ونافع من أجل تنزيهه على واقع الناس، وتطبيقه في صورة قانون ملزم. ينظر: عزام، حمدي محمود: الوصية الواجبة، مجلة المحاماة، مصر، سنة 37، ع 8، أبريل 1957، ص 1046.

4 - ناصيف، إلياس: الوصية، منشورات الحلبي، ط2، بيروت، 2007، ج 2، ص 271 وما بعدها. درادكة، ياسين: الوصية الواجبة، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، ع 05، شوال 1406، ص 294.

5 - المملوكة التفسيرية لمشروع قانون الوصية، المرفوعة من مجلس الوزراء إلى البرلمان (المصري)، مجلة المحاماة، مصر، ع 5 و 6 و 7، ربيع الأول وربيع الثاني و جمادى الأولى 1365هـ، ص 31.

1- إن القول بوجوب الوصية مروى عن جمع عظيم من فقهاء التابعين، ومن بعدهم من أئمة الفقه والحديث، ومن هؤلاء

أ - مسروق بن الأجدع الحمداني، وأبو مجلز، وطلحة بن مطرف، و جابر بن زيد، والضحاك بن مزاحم، وطاوس والحسن البصري، وقتادة، والزهري، والطبري، واسحق بن راهويه، وهو مذهب ابن أبي سليمان، وابن حزم، وأصحاب الظاهرية¹.

والأصل في ذلك مسنود إلى القرآن الكريم، والسنة النبوية، وهو فعل الصحابة؛

فأما القرآن الكريم فقول الله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾². ووجه الدلالة أن النص القرآني صريح في الإلزام بالإيصال وإيجابه للوالدين والأقربين، وفي مخالفته الإثم والمعصية الموجبات للعقوبة³، وفي ذلك يقول الضحاك "من أوصى لغير قرابته فقد ختم عمله بمعصية"⁴. وقال طاوس: "من أوصى لقوم وسماهم وترك ذوي قرابته محتاجين انتزعت منهم وردت على ذوي قرابته"⁵. وقد عدها ابن حزم واجبا قضائيا مفروضا في جزء محدد من المال في الذمة، إن لم يأمر صاحبه بإخراجه تعيين في ذمة ورثته من بعده، وفي ذلك يقول: "و فرض على كل مسلم أن يوصي لقرابته الذين لا يرثون إما لرق، أو لكفر، وإما لأن هناك من يحجبهم عن الميراث، أو لأنهم لا يرثون، فيوصي لهم بما طابت به نفسه، لا حد في ذلك، فإن لم يفعل أعطوا ولا بد ما رآه الورثة أو الوصي وإذ هو حق لهم واجب، فقد وجب لهم من ماله جزء مفروض إخراجه، كمن وجب له إن ظلم هو ولم يأمر بإخراجه"⁶.

وفي ذلك يقول الإمام الجصاص: "ودلالة الآية ظاهرة في إيجابها - الوصية - وتوكيد فرضها لأن قوله تعالى ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ﴾⁷ معناه فرض عليكم، كقوله ﴿بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁸ ولا شيء في ألفاظ الوجوب أكد في قول القائل: هذا حق عليك، وتخصيصه المتقين بالذكر على وجه التأكيد، مع اتفاق أهل التفسير من السلف أنها كانت واجبة"¹

1 - الطبري، ابن جرير: جامع البيان في تأويل القرآن، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط1، 1420 هـ، ج 3، ص 386 وما بعدها. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية، مصر ط2، 1964م، ج 2، ص 259. ابن حزم: المحلى، مرجع سابق، ج 8، ص 349.

2 - [سورة البقرة: الآية 180]

3 - ابن حزم: المحلى، مرجع سابق، ج 8، ص 349 وما بعدها.

4 - ابن منصور، سعيد: سنن ابن منصور، مرجع سابق، كتاب الوصايا، باب هل يوصي الرجل من ماله بأكثر من الثلث، ج 1، ص 135.

5 - الصنعاني، عبد الرزاق: مصنف عبد الرزاق الصنعاني، مرجع سابق، كتاب الوصايا، باب لمن الوصية، ج 9، ص 81.

6 - ابن حزم: المحلى، مرجع سابق، ج 8، ص 353.

7 - [سورة البقرة: الآية 180]

8 - [سورة البقرة: الآية 180]

و مذهب هذا الفريق أن النص غير منسوخ²، والعمل به ثابت محكم في الوالدين والأقارب غير الوارثين، بسبب مانع كفر أو رق أو حجب أو³، بخلاف الورثة الذين اختصتهم آيات موارث بأنصبتهم المحددة شرعاً، فاستقلوا بذلك عن الوصية. وقد قال ﷺ: «إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث»⁴، وقد قال ابن عباس والحسن وقتادة أن الآية عامة وتقرر الحكم بها برهة من الدهر، ونسخ منها كل من كان يرث بآية الفرائض⁵. وعن الربيع أنه قال في آية الوصية: "كان هذا من قبل أن تنزل سورة النساء، فلما نزلت آية الميراث نسخ شأن الوالدين، فألحقهما بأهل الميراث، وصارت الوصية لأهل القرابة الذين لا يرثون"⁶.

و قد روي عن مسروق أنه حضر رجلاً وصى بأشياء لا تنبغي، فقال له مسروق: «إن الله قد قسم

1 - الجصاص: أحكام القرآن، مرجع سابق، ج 1، ص 203.

2- يرى جمهور المفسرين والفقهاء أن آية الوصية منسوخة الحكم كلها، و بذلك قال مجاهد والسدي والإمام نافع، و إبراهيم النخعي وعكرمة والحسن البصري وسعيد بن المسيب وهو قول ابن عمر وأبي موسى الأشعري رضي الله عنهم، ورواية عن ابن عباس رضي الله عنهما، وبه أخذ مالك والشافعي، وهو مذهب الخنفية وغيرهم، بيد أنهم اختلفوا في ناسخها على أربعة أقوال:
- الأول: أن ناسخها آية الميراث.

- الثاني: أن ناسخها قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينُ فَأَرْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ [سورة النساء: الآية 08]

-الثالث: قوله ﷺ: "إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث".

- الرابع: إجماع الآية على إبطال فرضية الوصية، و التي لا تجوز لأحد ممن سمي الله له فرضاً معروفاً، إذ جعل له النبي ﷺ حقاً مفروضاً.

- الهروي، بن سلام: الناسخ والمنسوخ في القرآن، مكتبة الرشد، السعودية، ط 2، 1997، ص 232. النحاس، أبو جعفر: إعراب القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1421 هـ، ص 93. الشافعي: تفسير الإمام الشافعي، دار التدمرية، السعودية، ط 1، 2006، ج 1، ص 267. ابن العربي: الناسخ والمنسوخ، تحقيق عبد الكبير المدعوي، مكتبة الثقافة الدينية، مصر، ت. ط. 2006، ج 2، ص 1217. الطبري، ابن جرير: جامع البيان في تأويل القرآن، مرجع سابق، ج 3، ص 385. الماتردي: تأويلات أهل السنة، دار الكتب العلمية، لبنان، د. ط. د. ت. ج 3، ص 32. الأصفهاني، الراغب: تفسير الراغب الأصفهاني، كلية الآداب - جامعة طنطا، مصر، ط 1، 1999م، ص 383. الرازي: تفسير الرازي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 3، 1420 هـ، ج 5، ص 216. النسفي: مدارك التنزيل، دار الكلم الطيب، بيروت، ط 1، 1998، ج 1، ص 157. الثعالبي: الجواهر الحسان في تفسير القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 1، 1418 هـ، ج 1، ص 370. ابن رشد: المقدمات الممهديات، دار الغرب الإسلامي، لبنان، ط 1، 1988م، ج 3، ص 118. النووي: المجموع، شرح المذهب، مرجع سابق، ج 15، ص 422. ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج 8، ص 138.

3- الطبري، ابن جرير: جامع البيان في تأويل القرآن، مرجع سابق، ج 3، ص 388 و 389.

4 - ابن ماجة: سنن ابن ماجة، مرجع سابق، كتاب أبواب الوصايا، باب لا وصية لوارث، ج 4، ص 18. أبو داود: سنن أبي داود، مرجع سابق، كتاب الوصايا، باب في الوصية للوارث، ج 4، ص 492. - أحمد: مسند أحمد، مرجع سابق، حديث أبي امامة، ج 36، ص 628. الدارقطني: سنن الدارقطني، مرجع سابق، كتاب البيوع، ج 3، ص 454.

5- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج 2، ص 262.

6 - الطبري، ابن جرير: جامع البيان في تأويل القرآن، مرجع سابق، ج 3، ص 130.

بينكم فأحسن القسم، وإنه من يرغب برأيه عن رأي الله يضلّه، أوص لذي قرابتك ممن لا يرثك، ثم دع المال على ما قسمه الله عليه»¹.

وأما السنة النبوية: فقولُه ﷺ في الحديث الصحيح الذي يرويه عنه ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه، يبيت ليلتين، إلا ووصيته مكتوبة عنده»².

قال ابن عمر رضي الله عنهما: «ما مرت علي ليلة منذ سمعت رسول الله ﷺ قال ذلك، إلا وعندي وصيتي»³.
- وقد روت عائشة رضي الله عنها أن رجلاً قال للنبي ﷺ: «إن أُمِّي افتلتت⁴ نفسها، وأراها لو تكلمت تصدقت، فأصدق عنها يا رسول الله؟ فقال رسول الله ﷺ: نعم تصدق عنها»⁵.

- وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلاً قال لرسول الله ﷺ: «إن أبي مات وترك مالا ولم يوص، فهل يكفر عنه أن أتصدق عنه؟ قال ﷺ: نعم»⁶. قال ابن حزم: "فهذا إيجاب للوصية ولأن يتصدق عمن لم يوص ولا بد، لأن التكفير لا يكون إلا في ذنب، فبين عليه السلام أن ترك الوصية يحتاج فاعله إلى أن يكفر عنه ذلك بأن يتصدق عنه، وهذا ما لا يسع أحداً خلافاً"⁷.

- عن ابن طاوس عن أبيه أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ، فقال: «يا رسول الله إن أُمِّي توفيت ولم توص، أفأوصي عنها؟ قال: نعم»⁸.

- عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام «أن رسول الله ﷺ أعتق عن امرأة ماتت ولم توص وليدة، وتصدق عنها بمتاع»⁹.

- **فعل الصحابة:** فقد روى القاسم بن محمد بن أبي بكر «أن عبد الرحمن بن أبي بكر رضي الله عنه مات في منام له، فأعتقت عنه عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها تالداً من تالده»¹. واستنتج ابن حزم من هذه الرواية فرضية

1 - ابن منصور، سعيد: سنن ابن منصور، كتاب الوصايا، باب هل يوصي الرجل من ماله بأكثر من الثلث، ج 1، ص 136. ابن أبي شيبة:

مصنف بن أبي شيبة، كتاب الوصايا، باب في الرجل يفضل بعض ولده على بعض، ج 6، ص 234.

2- البخاري، الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب البيوع، باب من أجرى من أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم، ج 4، ص 02.

3 - مسلم، صحيح مسلم، مرجع سابق، كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث، ج 3، ص 1250.

4 - اقتلت نفسها بمعنى ماتت فجأة. ينظر: ابن سلام: غريب الحديث، مطبعة دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد- الدكن، ط 1، 1964، ج 2،

ص 231. الفارابي: معجم ديوان الأدب، مؤسسة دار الشعب للطباعة والنشر، مصر، د.ط، 2003م، ج 2، ص 397. الهروي، ابن

منصور: تهذيب اللغة، مرجع سابق، ج 14، ص 204.

5 - البخاري: الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب الوصايا، باب ما يستحب لمن توفي فجأة، ج 4، ص 08.

6 - مسلم: صحيح مسلم، مرجع سابق، كتاب الوصية، باب وصول ثواب الصدقات إلى الميت، ج 3، ص 1254.

7- ابن حزم: المحلي، مرجع سابق، ج 08، ص 352.

8 - الصنعاني، عبد الرزاق: مصنف عبد الرزاق، مرجع سابق، كتاب الوصايا، باب الصدقة عن الميت، ج 09، ص 59. ابن منصور، سعيد: سنن

سعيد بن منصور، مرجع سابق، كتاب الوصايا، باب هل يقضي الحي النذر عن الميت، ج 1، ص 148.

9 - الصنعاني، عبد الرزاق: مصنف عبد الرزاق، مرجع سابق، كتاب الوصايا، باب الصدقة عن الميت، ج 09، ص 61.

الوصية عند السيدة عائشة رضي الله عنها وأن البر عمن لم يوص واجب إذ "لولا ذلك ما أخرجت من ماله ما لم يؤمر بإخراجه"².

2- إن حصر التشريع لاستحقاق الوصية الواجبة في فئة الأحفاد والفروع مسند إلى أمرين اثنين:

أ- أولهما: أن مذهب ابن حزم يميز للوصي والورثة حرية اختيار الفئة المستحقة لها؛ فيعطي بعض قرابته دون البعض الآخر، وحد عددهم بالثلاث، لأن لفظة الأقربين الواردة بالآية تحمل معنى الجمع وأقله - عند ابن حزم - الثلاثة، وفي ذلك يقول: "فإن أوصى لثلاثة من أقاربه المذكورين أجزاءه؛ والأقربون هم من يجتمعون مع الميت في الأب الذي به يعرف إذا نسب، ومن جهة أمه كذلك أيضا، هو من يجتمع مع أمه في الأب الذي يعرف بالنسبة إليه لأن هؤلاء في اللغة أقارب، ولا يجوز أن يوقع على غير هؤلاء اسم أقارب بلا برهان ... ومن أوصى لثلاثة أقربين، فقد أوصى للأقربين"³.

ب- ثانيهما: أن لولي الأمر أن يأمر بالمباح أو يقيده وفق ما تبين له من مصلحة الرعية وتقتضيه حظوتها العامة؛ فإذا أمر به، أو نهي عنه وجبت له الطاعة في ذلك⁴، وقد بان أنه في أحوال ليست بالقليلة، يموت أشخاص في حياة آبائهم وأمهاتهم، ويتركون ذرية ضعافا محرومة من حق أصلهم في ميراث الأجداد لو كتب لهم العيش إلى وفاتهم، وبذلك يصير فروع الهالك إلى الفقر والحاجة، بينما يجتمع لأعمامهم رغد العيش وسعته، ويجتمع لأولئك الأولاد مع آلام اليتيم، وفقد العائل، شظف العيش وذلة الحاجة، وقسوة الحرمان من الميراث⁵، فتضطرب بذلك موازين توزيع الثروة داخل الأسرة بين قوي مالك منتفع بالميراث، وبين ضعيف محتاج مفتقر، لا لذنوب إلا أن الموت سبق أباهم في حياة أصله، والذي قد يكون له إسهام

¹ - الصنعاني، عبد الرزاق: مصنف عبد الرزاق، مرجع سابق، كتاب الوصايا، باب الصدقة عن الميت، ج9، ص60. البيهقي، السنن الكبرى، مرجع سابق، الكبرى، كتاب الوصايا، باب ما جاء في العتق عن الميت، ج6، ص457.

² - ابن حزم: المحلي، مرجع سابق، ج8، ص352.

³ - ابن حزم: المحلي، مرجع سابق، ج8، ص353.

- المذكرة التفسيرية لمشروع قانون الوصية المرفوعة من مجلس الوزراء الى البرلمان (المصري)، مجلة المحاماة، مصر، ربيع الأول و ربيع الثاني، و جمادى الأولى 1365، ع 5 و 6 و 7، ص 31.

⁴ - من قواعد الشريعة المقررة أن لولي الأمر تقييد المباح بالوجوب أو المنع لمصلحة تقتضي ذلك، إذ له أن يوقف العمل بالمباح إذا أفضى استعماله في ظرف معين إلى مضرة راجحة بمصالح المجتمع، أو يوجهه ويلغى جانب الترك فيه إذا كان في هذا الإيجاب تحقيق الصالح العام، كما له أن يقيده ويضبطه وفق ما تقتضيه المصلحة العامة الواجبة الاعتبار. ينظر الزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، المرجع السابق، ج 1، ص 309. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص 104. السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص 121. الحسيني، أحمد مكي: غمر عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ج1، ص 369. - الدريني، فتحي: النظرية العامة للشريعة الإسلامية، مجلة التراث العربي، سوريا، جمادى الآخرة 1405، ع 11 و 12، ص 82.

⁵ - نصر، عبد المنعم: الميراث في الشريعة الإسلامية، مكتبة الإيمان، مصر، د، ط، د، ت، ص 134 و 135. الساهي، شوقي: موسوعة أحكام الموارث، دار الحكمة للنشر، مصر، ط1، 1988، ص 398.

كبير في تكوين الثروة العائلية الموروثة. وقد يكون هؤلاء اليتامى في عيال الجد ورعايته، وأحب شيء إلى نفسه أن يوصي لهم بشيء من ماله، ولكن المنية عاجلته فلم يفعل شيئاً، أو حالت بينه وبين ذلك مؤثرات وقتية¹، فعلاجاً لهذه المشكلة الاجتماعية الخطيرة الأوضاع، المنافية للحق والعدالة تدخل المشرع بتقنين هذا النوع من الوصية على وجه الإلزام لهذه الفئة المحصورة، دفعا للمضرة والظلم عنها²، فيكون ولي الأسرة بذلك قد أقام نفسه مقام الجد في الإيصال لأحفاده غير الوارثين على وجه الوجوب كضمانة لهم في حال مات الجد ونسي، أو تقاصر عن الوصية لهم بما فاتهم من ميراث أصلهم³، وهذا هو العدل الذي لا وكس فيه ولا شطط.

ثالثاً- شروط استحقاق الوصية الواجبة:

يشترط القانون لإثارة موضوع التنزيل، أو المطالبة بالاستحقاق فيه جملة من الشروط اللازم توافرها في الفرع المستحق لها، وأخرى في أصله المتوفي، وفق ما أشارت إليه المواد 170 و 172 من قانون الأسرة الجزائري، ومنه فسنعتمد إلى بيان هذه الضوابط في الفئة المستحقة ابتداءً، لتتطرق بعدها إلى جملة الشروط المتعلقة بأصولهم المتوفين في حياة آبائهم أو معهم.

1- الفئة المستحقة للوصية الواجبة:

حدد المشرع الجزائري المستحقين للتنزيل في فقرة الأحفاد بنص المادة 169 التي جاء فيها: "من توفي وله أحفاد، وقد مات مورثهم قبله أو معه، وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة". ولم يبين المشرع مقصده من لفظة "الحفيد" التي جاءت في صيغة العموم، فيما إذا كانت مشتملة على فروع الابن وال بنت على حد سواء كما هو معناها في اللغة⁴، أم أن المعنى قاصر على أولاد الابن دون البنت كما هو معناها الاصطلاحي عند كثير من الفقهاء¹.

1 - المذكرة التفسيرية لمشروع قانون الوصية، مرجع سابق، ص 314.

2 - سمرة، حسن: أحكام الميراث والوصية، دار النصر للتوزيع والنشر، د، ط، مصر، 2005، ص 268. زيدان، ركي: الوجيز في أحكام الوصية والوقف، مصر، د، ط، 1999، ص 218 و 219. عرجاوي، مصطفى: كسب الملكية بالميراث، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، 1982، ص 101، 100. عامر، عبد اللطيف: أحكام الوصايا والوقف، مكتبة وهبة، مصر، ط 1، 2006، ص 136. أبو زهرة: أحكام التركات والمواريث، مرجع سابق، ص 244.

3 - عزام، حمدي: الوصية الواجبة، مرجع سابق، ص 1047. أبو العلا: حسين عبد المجيد: الوصية وأحكامها، دراسة فقهية مقارنة، اسبوت كمبيوتر، مصر، د، ط، د، ت، ص 308. حامد، حامد: فقه الميراث في الشريعة الإسلامية، مطبعة الشاهد، مصر، د، ط، 2000، ص 415. عبد الرحيم، إبراهيم: أحكام الميراث والوصية، دار النصر للتوزيع والنشر، مصر، د، ط، د، ت، 2005، ص 268.

4 - ابن سيده، أبو الحسن: المحكم والمحيط الأعظم، مرجع سابق، ج 3، ص 263. ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، ج 3، ص 153.

و على خلاف هذا التعميم والإبهام الذي طبع النسخة العربية للمادة 169 من قانون الأسرة، جاء النص الفرنسي أكثر وضوحاً في تحديد الفئة المعنية بالتنزيل، والتي قصرها على أولاد الظهور (أولاد الأبناء) دون أولاد البطون (أولاد البنات) وفحوى نصه:

" Si une personne décède en laissant des descendants d'un fils décédé avant ou en même "

فنص المادة صريح في أن الفئة المستحقة للتنزيل مقصورة على الأحماد من فرع الابن المتوفي " descendants d'un fils décédé"، دون الأحماد من فرع البنت. و هذا ما ألمح إليه الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا في قرارها رقم 95385، الذي ورغم استخدامه للفظة "الفرع" بصيغتها العامة والتي تشمل - في معناها اللغوي والاصطلاحي - لذرية الابن، وولد البنت جميعاً وإن نزلوا²، غير أنه عاد وقصر معنى التنزيل على أنه إحلال الفرع منزلة الابن المتوفي من قبل الأصل، وهو ما يعني صراحة استبعاد أولاد البنات من الوصية الواجبة، وقد جاء في القرار: "من المقرر قانوناً وشرعاً أن التنزيل لا يتم إلا بين الأصول والفرع؛ ويكون بتنزيل الفرع منزلة الابن المتوفي من قبل الأصل، ليأخذ المنزلون مناب المتوفي في حدود ما قرره القانون والشرع، ولا يجوز الحكم بغير ذلك"³.

وتأكد ذلك بالقرار رقم 403828 الصادر بتاريخ 2007/11/14، والذي تصدر بالمبدأ القضائي التالي: "حق الأحماد المنزلين منزلة أبيهم مشروط بألا يكونوا قد ورثوا من أبيهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه"⁴.

ولعل المنحى الصحيح في هذه المسألة هو اعتماد النص الفرنسي الصريح والمكسر بالاجتهاد القضائي السالف الذكر؛ إذ أن أولاد البنات ليسوا من ورثة الأصل، ولا صلبه، ولا أثر لهم في الحجب أو التعصيب، وإنما هم من ذوي الأرحام الذين ليس لهم استحقاق في التركة إلا بعدم ذوي الفرض والعصبة، كما هو نص المادة 168 التي جاء فيها: "يرث ذوو الأرحام عند الاستحقاق على الترتيب الآتي:

الزبيدي: تاج العروس، مرجع سابق، ج 8، ص 32.

1 - يطلق لفظ الحفيد عند الشافعية على ولد الابن، دون ولد البنت الذي يختصونه باصطلاح السبط، وعند الحنابلة يطلق كل من الحفيد والسبط على ولد الابن وولد البنت دونما فارق بينهما. ينظر البجيرمي: حاشية البجيرمي على الخطيب، دار الفكر، لبنان، د.ط، 1995م، ج3، ص420. القليوبي: حاشية القليوبي، دار الفكر، لبنان، د.ط، 1995م، ج3، ص243. المرادوي: الإنصاف في معرفة الراجح في الخلاف، مرجع سابق، ج7، ص83. أبو النجا، موسى بن أحمد: الاقناع في فقه الامام أحمد، مرجع سابق، ج3، ص23.

2- الفيومي: المصباح المنير، مرجع سابق، ج2، ص469. المناوي، زين الدين: التوقيف على مهمات التعريف، عالم الكتب، مصر، ط1، 1990م، ص259. أبو حبيب، سعدي: القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، مرجع سابق، ص283. البركني، محمد: التعريفات الفقهية، مرجع سابق، ص164. الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج32، ص98.

3 - قرار المحكمة العليا رقم 95385، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 1994/03/22، المحلة القضائية، 1995، ع 1، ص134.

4 - قرار المحكمة العليا رقم 403828، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 2007/11/14، مجلة المحكمة العليا، 1995، ع1، ص241.

- أولاد البنات وإن نزلوا وأولاد بنات الابن وإن نزلوا..".

والمادة 180 والتي نصها: " فإذا لم يوجد ذو فرض أو عصابة آلت التركة إلى ذوي الأرحام ".
والجدير بالذكر أيضا أن النص القانوني للمادة 169 لا يسعفنا في تعرف إمكانية تضمن فئة الاستحقاق للوصية الواجبة للطبقات النازلة لفرع المتوفي، أم أن الأمر مقتصر على الطبقة الأولى كما يوحي بذلك لفظ الأحفاد. بخلاف لفظ الفروع الذي يتضمن أولاد الأبناء وإن نزلوا.

و تطبيقا لشرط الاستحقاق هذا، قضت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1994/03/22 أن اعتبار قضاء الموضوع لعقد التنزيل المقرر في 1975/11/20 على أنه وصية، يكونون قد أخطأوا التصور والتكييف؛ ذلك أن عقد التنزيل صريح بتنزيل المطعون ضدها منزلة البنت من الصلب، مع أن التنزيل شرعا وقانونا لا يتم إلا بين الأصول والفروع، ويكون بتنزيل الفرع منزلة الابن المتوفي من قبل الأصل ليأخذ المنزلة مناب المتوفي في حدود ما قرره المادة 169 وما يليها من قانون الأسرة والشريعة المكرسة أحكامها بالمواد المذكورة آنفا؛ فالقرار المطعون فيه بقضائه كما فعل يكون قد خرق أحكام الشريعة الإسلامية، وأخطأ في تطبيق المادة 776 من القانون المدني، وينقض لذلك¹. وهذا التوجه الاجتهادي "صائب لأن التنزيل هو صورة للوصية فقط، كما أنه لا عطية ولا تبرع في الإرث بدون نص، وعلى المنزل ضرورة مراعات القيود الشرعية والقانونية"². غير أن المحكمة العليا عادت وغيرت رأيها بشأن تكييف هذا النوع من العقد إذا كان موضوعه إحلال شخص آخر غير الفروع المستحقين قانونا، وذلك ما كرسه القرار رقم 526179 الصادر بتاريخ 2009/12/10 الذي اعتبر تنزيل ابن الأخ منزلة الابن من الصلب وصية يمثل نصيب الوارث وهي جائزة شرعا.

وعليه، فلا بد من تدارك هذه الثغرات التشريعية التي تسبب في تحبط وتعثر التطبيق القضائي، وعدم تنزله على محالّه المناسبة له، بسبب الغموض الذي يكتنف صفة الاستحقاق للوصية الواجبة، والأولى بالمشروع ضبط الفئة المستحقة على وجه التحديد أكثر بالنسبة للنص القانوني؛ من خلال مطابقته للنسخة الفرنسية، فيما إذا كانت الإرادة التشريعية متجهة فعلا إلى قصر التنزيل على فروع الأبناء دون سواهم كما هو الرأي في قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 لسنة 1953 بالمادة 257، وقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لسنة 2010 بالمادة 279، أو الصيرورة إلى إلحاق فرع البنات بفئة الاستفادة، والتسوية بينهم في ذلك، وبين فروع الأبناء؛ كون لفظ الأحفاد يتضمنهم جميعا. مع ضرورة ضبط الطبقات المعنية بالتنزيل، فيما إذا كانت مقتصرة على الطبقة الأولى للأحفاد المتأيين من الأبناء

¹ - قرار المحكمة العليا رقم: 95385، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 1994/03/22، المجلة القضائية، ع1، 1995، ص 134.

² - العربي، بلحاج: أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3 الجزائر، 2008، ص286.

والبنات، كما هو معتمد بالفصل 191 من المجلة الأحوال الشخصية التونسية¹، وحصر هذا القصر في فرع البنات دون الأبناء كما هو الحال في مدونة الأسرة المغربية² (المادة 372)، وقانون الأحوال الشخصية المصري³ (المادة 76)، وقانون الأحوال الشخصية اليمني⁴ (المادة 259)، وقانون الأحوال الشخصية الكويتي⁵ (المادة 287 مكرر)، أو فتح الاستفادة لكل الفروع وإن نزلوا، ذكرانا كانوا أم إناثا، كما هو الحال بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي بالمادة 272 منه⁶.

2- استحقاق الوصية الواجبة:

ناط المشرع الجزائري التنزيل بجملة شرائط وضوابط لاستحقاق التنزيل للفروع منزلة أصلهم في الإرث من الجد والجددة، وبعض هذه الشروط تتعلق بأصل الفرع المتوفي (البند أ) وبعضها الآخر مرتبط بفرع هذا الأصل (البند ب)، وهذا ما سنتولى استجلاءه ومدارسته فيما يلي من نقاط:

أ- الشروط المتعلقة بالأصل:

يشترط التشريع الأسري الجزائري - لاستحقاق الفرع الوصية الواجبة - مجموعة شروط لا بد من توافرها في الأصل المتوفي هي:

- وفاة الولد الذكر قبل أصله أو معه: اشترطت المادة 169 في الولد المتوفي أن يكون قد مات في حياة أبيه، أو أمه، أو مع أحدهما. وهو شرط بديهي وضمني، إذ أنه من غير المتصور إثارة التنزيل في حال وفاة الجد قبل ابنه لاستحقاق الآخر الإرث من تركة الأصل المتوفي، لأن المقصد الأساس من تشريع الوصية الواجبة هو تعويض الفرع عما قد يفوته بموت أصله من ميراث الجد. وهو ما لا يتحقق هاهنا باستحقاق الولد للإرث من أبيه، والذي ينتقل بدوره إلى فرعه⁷، فلا يبقى - بعدها - مسوغ للتنزيل.

ويستوي في ذلك أن يكون الموت حقيقيا أو حكما، فالموت الحقيقي يكون بمحصول مفارقة الروح للجسد على وجه الحقيقة واليقين، وتعرف بالمشاهدة ويثبت بإقامة البينة عليه قضاء، أما الموت الحكمي

1 - قانون الأحوال الشخصية التونسي الصادر بتاريخ: 1956/08/13.

2 - مدونة الأسرة المغربية المضمنة بالقانون 03 - 70 الصادر بتاريخ: 5 فبراير 2005.

3 - قانون رقم 71 لسنة 1946 المتعلق بالوصية الصادر بتاريخ -24 يونيو 1946.

4 - قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم 20 - 1992 الصادر بتاريخ: 1996/12/07.

5 - قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 - 1984 المعدل بالقانون رقم 66 - 2007 الصادر بتاريخ: 2008/01/06.

6 - قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 - 2005 الصادر بتاريخ: 19 نوفمبر 2005.

7 - ناصيف، إلياس: الوصية، مرجع سابق، ج 2، ص 274.

فهو ما يكون مستندا إلى حكم قضائي باعتبار الشخص ميتا، لموجب شرعي يقتضي ذلك؛ كالفقد، أو الغياب، أو الارتداد، وغيره¹.

و قد ألحقت المادة 169 بهذا الحكم الحالة التي تُعاصر فيها وفاة الولد أصله، ولا يعلم السابق منها الآخر، وهو ما يحصل عادة في حوادث المرور، والغرق، والهدم، والحروب، والكوارث الطبيعية.. ف" من توفي وله أحفاد، وقد مات مورثهم قبله أو معه، وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة....."، فالمعاصرة في الوفاة تقتضي حرمان الولد من ميراث أصله للشك في السبق، وعدم تيقن حياة الولد لحظة وفاة أصله. ولذلك تنص المادة 128 من قانون الأسرة على أنه: "يشترط استحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا"، وتؤكد ذلك المادة 129 صراحة بقولها: "إذا توفي اثنان أو أكثر، ولم يعلم أيهم هلك أولا، فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر، سواء كان موتهم في حادث واحد أم لا". وهذا الحرمان للولد يقتضي تعويض فرعه بالوصية الواجبة تعويضا لهم على هذا الفوت.

ومنه فيمكن إيجاز حالات إعمال الوصية الواجبة في:²

- فرع الولد الذكر الذي مات موتا حقيقيا في حياة أبيه أو أمه.
- فرع الولد الذكر الذي توفي في حياة أصله وفاة حكمية. (المادة 114 من قانون الأسرة)³.
- فرع الولد الذكر الذي مات مع أبيه أو أمه سواء كان في حادث واحد، أم حوادث متعددة، ولم يعلم السابق منهما في ذلك.

و قد كرس ذلك الاجتهاد القضائي في قراراته الصادرة بذا الشأن؛ سيما القرار رقم 94685، والذي جاء فيه: "من المستقر على فقهاء وقضاء أن التنزيل جائز شرعا وقانونا، ولا يجوز مخالفته، ولما ثبت - من قضية الحال - أن عقد التنزيل صحيحا، ولم يطعن فيه بالتزوير فإن حفدة المرحوم (ع ب م) المنزلين منزلة أبيهم (م) المتوفي قبل الأول...."⁴

- **عدم قيام مانع من موانع الإرث بالولد المتوفي:** يشترط القانون في استحقاق الفرع للوصية المستوجبة من فقد أصله، أن يكون هذا الأصل مستحقا للإرث من أبويه لو ظل حيا إلى ما بعد وفاة المورث منهما. فلو كان أصل الفرع ممنوعا من الإرث بسبب مخالفة دين مثلا، فإنه لا حظ لأبنائه في

¹ - الزحيلي، وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج10، ص، 7708. الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج 39، ص 254.

² - العربي، بلحاج: أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص 285 و 286.

³ - تنص المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "لا يورث المفقود ولا تقتسم امواله إلا بعد صدور حكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله، أو قيمة ما بيع منها".

⁴ - قرار المحكمة العليا رقم: 94685، غرفة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ: 1993/05/25، المجلة القضائية 1994، ع2، ص 82.

التنزيل، لأنه لم يفتهم شيء من تركة جدهم ليعوضوا عنه بالوصية الواجبة. وسيان في ذلك أكان موت أصلهم سابقا لموت جدهم، أم معاصرا له؛ فالاستحقاق منتف بقيام المانع من الميراث¹.
و قد حدد القانون الحالات التي تمنع صاحبها من استحقاق الميراث سيما ما تعلق منها بالقتل العمد، والمشاركة فيه بالفعل، أو العلم، أو التدبير، كما هو نص المادة 131 من قانون الأسرة، والتي جاء فيها: "يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم:

1- قاتل المورث عمدا وعدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا.

2- شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه.

3- العلم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية.

وأضفت المادة 138 من ذات القانون حالة الردة.

ب- الشروط المتعلقة بالفرع:

-تحقق وجود الفرع عند موت الجد: لما كان التنزيل يحمل في جوهره معنى الوصية، فإنه لا بد أن يكون الموصى له حيا وقت وفاة الموصي، ذلك أن الوصية تمليك، والموت يهدم أهلية الوجوب التي يصلح بها الشخص لاستحقاق هذا التبرع²، ولذلك تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي، كما هو نص المادة 201 من قانون الأسرة الجزائري.

-عدم استحقاق الفرع الإرث من تركة الجد: فإذا كان الفرع وارثا في تركة جده لم يكن له الحق في المطالبة بالتنزيل مكان أبيه بحال، سواء، كان نصيبه في هذه التركة أقل أم أكثر من نصيب أصله منها لو كان حيا³. وهو عين ما تنص عليه المادة 171 "لا يستحق هؤلاء الأحفاد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة".

-ألا يكون الجد المورث قد أوصى لفرع ابنه المتوفي أو أعطاهم - بلا عوض- أو وقف لهم قبل وفاته مثل ما يستحقونه بالوصية الواجبة؛ فإذا أعطاهم أقل من ذلك، وجبت لهم الوصية بما يكمل النصيب المفروض شرعا في حدود الثلث. وإذا أوصى لبعضهم دون البعض الآخر وجب إعطاء الباقي

¹ - سمرة، حسن: أحكام الميراث والوصية، مرجع سابق، ص 271. عزام، حمدي: الوصية الواجبة، مرجع سابق، ص 1053. عبد الرحيم، إبراهيم: أحكام الميراث والوصية، مرجع سابق، ص 368.

² - عزام، حمدي: الوصية الواجبة، مرجع سابق، ص 1055.

³ - من صور استحقاق الفرع لتركة الجد من مات وترك: زوجة وبننا وبنات ابن وتوفي في حياة أبيه (الجد)؛ فلا تستحق بنت الابن في هذه الحالة الوصية الواجبة، لأن لها نصيبا مفروضا من تركته والمقدر بالسدس تكملة للثلثين، وهو أقل بكثير من مناب أبيها لو افترض حيا.

القدر الواجب لهم، وإن كان النصيب الموصى به أكثر من الثلث، كانت الزيادة وصية اختيارية موقوفة التنفيذ على إجازة الورثة¹.

و مستند ذلك نص المادة 171 من قانون الأسرة: "لا يستحق هؤلاء الأحفاد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل جدا أو جدة، أو كان قد أوصى لهم، أو أعطاهم في حياته -بلا عوض- مقدار ما يستحق بهذه الوصية، فإذا أوصى لهم أو لأحدهم بأقل من ذلك وجب التنزيل بمقدار ما يتم به نصيبهم، أو نصيب أحدهم من التركة".

- ألا يكون الأحفاد ورثوا من أبيهم أو أمهم مالا يقل عن مناب مورثهم من تركة الجد أو الجدة؛ لأن العلة من تشريع التنزيل هي تعويض الفرع عما فاتته من تركة أصله من أبيه أو أمه، فاعتبر القانون أن ميراث الفرع من أبيه أو أمه مغن عن هذا التعويض، كما هو نص المادة 172 من قانون الأسرة.

و تطبيقا فقد قضت المحكمة العليا في اجتهاد لها تحت رقم 403828 بأن: "حق الأحفاد المنزليين منزلة أبيهم مشروط بألا يكونوا قد ورثوا من أبيهم مالا يقل عن مناب مورثهم من أبيه"، وقد جاء في حيثيات هذا القرار أن "المطعون ضدهم يملكون عقارا، هو عبارة عن فيلا تفوق قيمتها الفيلا موضوع النزاع، وأضاف الطاعن بأن المطعون ضدهم قد ورثوا فضلا عن ذلك من والدهم المرحوم (ص.ب.ن) فيلتين بالجمهورية التونسية، وشقة توجد في باريس، ولم ينكر المطعون ضدهم ذلك، حيث أن المادة 172 من قانون الأسرة تنص ألا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو لأمهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه وأمه. وحيث أنه بذلك يتبين أن حق الأحفاد المنزليين منزلة أبيهم مشروط بألا يكونوا قد ورثوا عن أبيهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه، وحيث أنه كان على قضاة المجلس التأكد من ذلك قبل التطرق إلى تركة المرحوم (ص.ب.ع)، وقسمتها حسب الفريضة المؤرخة في 2001/04/30، وعليه فإن هذا الوجه مؤسس، وينجر عنه نقض القرار المطعون فيه، دون حاجة لمناقشة بقية الوجهين"².

رابعا- مقدار الوصية الواجبة :

تنص المادة 170 على استحقاق الأحفاد للتنزيل في تركة الجد محدد بمقدار سهم أبيهم، على افتراض بقائه حيا، على ألا يتجاوز قيمة هذه الحصة ثلث التركة $\frac{1}{3}$.

¹ - ناصيف، إلياس: الوصية، مرجع سابق، ج 2، ص274. العربي، بلحاج: أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص 286 و287. المومني، أحمد: أحكام الشركات والموارث، دار المسيرة، الأردن، ط1، 2009، ص30 و29.

² - قرار المحكمة العليا رقم: 409828، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ 2007/11/14، مجلة المحكمة العليا، ع2011، ص1، ص242 و243.

وعليه فإذا كان نصيب الأصل المتوفي أقل من ثلث التركة، أو مساو له كان ذلك هو مقدار أسهم الأحماد المنزلين منزلته، أما إن كانت حصته أكبر من الثلث فإن مقدار أسهم فرعه ترد إلى الثلث¹ كما قضت بذلك المحكمة العليا في قرارها رقم 295385.

ولو أوصى الجد بما يزيد عن الثلث لأحماده فإن الزائد وصية اختيارية مردودة لرأي الورثة؛ فإن شاءوا أمضوها، أو منعوها، كما هو نص المادة 185. وفي حال اجتماع الوصية الواجبة مع الاختيارية نظر فإن اتسع الثلث لهما أجزا معا، وإلا قدمت الوصية الواجبة على الاختيارية ابتداء، وكان الباقي من الثلث لأصحاب الوصايا الاختيارية إذا لم يستوف تنزيل الثلث، أما إذا استغرقت الوصية الواجبة الثلث نفذت وحدها دون الوصية الاختيارية³.

خامسا- طريقة حل مسائل الوصية الواجبة:

لم يحدد القانون طريقة بعينها يجب سلوكها لحل واستخراج مسائل التنزيل ولذلك فقد اختلفت فيها إلفهم الفقهاء المعاصرين على ثلاثة أوجه هي:⁴

1-الحل الأول:

يتأسس هذا الحل على افتراض حياة الابن المتوفي، وتقسيم تركة أصله بناء على ذلك:

- توفي عن زوجة، وأم، وأب، وبنت، وابن، وبنت ابن توفي أبوها في حياة المورث. وترك 240 هكتارا.

فيكون حل المسألة كالتالي:

| | | |
|-----|----|------------|
| 120 | 24 | |
| 15 | 3 | زوجة 8/1 |
| 20 | 4 | ام 6/1 |
| 20 | 4 | اب 6/1 |
| 65 | 13 | بنت ابن |

1 - العربي، بلحاج: أحكام الموارث، مرجع سابق، ص287.

2 - قرار المحكمة العليا رقم 95385، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 1994/03/22، المجلة القضائية، ع1، ص134.

3 - العربي، بلحاج: أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص287 و288. ناصيف، إلياس: الوصية، مرجع سابق، ج 2، ص 279.

4 - أبو زهرة: أحكام التركات، مرجع سابق، ص 248 وما بعدها.

| | | |
|--|--|-----------------|
| | | ابن (المتوفي) ع |
|--|--|-----------------|

$$\text{قيمة السهم} = 120/240 = 2 = \text{هـ}$$

فيكون نصيب الزوجة 30 هـ ونصيب الأم 40 هـ، ومثله نصيب الأب، أما نصيب البنت فهو 26 هـ، ونصيب كل واحد من الابنين هو 52 هـ، يعطى لابنته وصية واجبة تعويضاً لها عن سهم أبيها. ورغم أن هذا الحل يعطي الفرع مناب أصله لو كان حياً في حدود الثلث، غير أنه معيب بكونه لا يصيب النقص منه إلا أنصبة الأولاد دون غيرهم، فضلاً عن أن افتراضه حياً يعني حجب بعض الورثة الأحياء المستحقين للتركة في حال وجودهم كالإخوة الأشقاء أو الأب...¹

2-الحل الثاني:

أن تعامل الوصية الواجبة على أنها وصية بنصيب أحد الورثة، فإذا كان الموجود فرع ابن متوفى في حياة أبيه أو أمه، يكون التنزيل يمثل نصيب الابن فيها، فتحل المسألة بين الأحياء - دون افتراض الولد المتوفى حياً، ثم يضاف لأصل الحل مثل سهمه. ونوضح ذلك في المثال التالي:

- توفيت عن: زوج وبنت، وابن، وبنت ابن توفي أبوها في حياة أمه. وتركت 1200 دج.

| | | |
|---|---|---------|
| 4 | 4 | |
| 1 | 1 | زوج 4/1 |
| 1 | 3 | بنت |
| 2 | | ابن ع |

ثم يضاف للحالة مثل سهم الابن وهو هنا 02 يعطى لفرعه الحي وصية واجبة فتكون المسألة من 06 وفق الآتي:

| | |
|----|-----|
| 06 | |
| 01 | زوج |
| 01 | بنت |
| 02 | ابن |
| 02 | ابن |

$$\text{قيمة السهم} = 6/1200 = 200 = \text{دج}$$

¹ - أبو زهرة: أحكام التركات، مرجع سابق، ص 349.

فيكون للزوج 200 دج ومثلها للبنت وللابن 400 دج ولبنت الابن المتوفي 400 دج . وهذا الحل منتقد- بدوره -؛ كونه يعطي فرع الأصل المتوفي أكثر من مناب أبيها لو كان حيا من تركة أصله نصيبه 360 دج وهو أمر يخالف القانون، ويجافي مقصود التشريع من التنزيل.

3-الحل الثالث:

ويقدم على ثلاث خطوات هي:

-حل المسألة على فرض حياة الابن المتوفي، واستخراج نصيبه منها كما لو كان موجودا.
-يطرح نصيب الابن من أصل التركة، إن كان في حدود الثلث فأقل، وإن كان أكثر منه فيستنزل إلى الثلث.

-يقسم باقي التركة على الورثة الأحياء بتوزيع جديد دونما نظر إلى الابن المتوفي، ومثاله: من توفي وترك: ابنا، وبنتين، وابن ابن مات أبوه في حياة جده، وترك 2400 دج.
فحل المسألة هو:

| | |
|---|-------------|
| 6 | |
| 2 | ابن |
| 2 | ابن متوفي ع |
| 2 | بنتين |

قيمة السهم $6/2400 = 400$ دج

فيكون نصيب الابن المتوفي هو $2 \times 400 = 800$ دج ويعطى لابنه الحي وصية واجبة، تطرح من قيمة التركة فتبقى 1600 دج، ويعاد توزيع التركة على باقي الورثة من جديد.

| | |
|---|-------|
| 4 | |
| 2 | ع |
| 2 | ابن |
| | بنتين |

$4/1600 = 400$ دج

فيكون نصيب الابن الحي هو 800 دج، ونصيب البننتين هو 400 لكل واحدة.

وهذه الطريقة هي الأوفق لتحقيق مقصد المشروع من تأصيل وتشريع التنزيل. إذ أنها تراعي إعطاء الفرع مناب أصلهم المتوفي في حدود الثلث على أنه وصية لا ميراث؛ بحيث لا يعود النقص على صنف من الورثة دون آخر، ويتأثر أصحاب الميراث بالحجب والحرمان من أنصبتهم المفروضة بسبب افتراض حياة الأصل¹.

الفرع الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي

أقر الإسلام الحنيف شرعة الطلاق عندما يسوء جو الحياة الزوجية، ويكدر صفوها، وينقلب التحاب فيها إلى بغض وكرهية، والمودة والرحمة إلى الفوضى والشقاء. وإذا كان الشرع قد منح العصمة للزوج فلمقصد حفظ الأسرة من الانهيار بدافع سرعة الانفعال، وعدم النظر في مآلات الأمور وعواقب الأفعال، غير أن الظاهر اجتماعيا اليوم يشهد تسارع الأزواج في إيقاع الطلاق من غير حاجة، واستهتار بعضهم بهذا الحق الشرعي، وعدم إيقاعه على ضوابطه وشروطه الشرعية قصدا أو تحايلا، مما ينجر عنه الإضرار بالزوجة، وإعنائتها، والحيف في حقها. وهو الأمر الذي تأباه الشريعة الغراء، ويتناقى مع مبادئها وأحكامها، وعليه عد الفقه الحديث هذه الواقعة من صور التعسف المذموم الموجب للأخذ على يد المطلقين، ومنع الظلم وجبر الضرر. وعليه ولأن أصل التعسف في الطلاق حديث حادثة نظرية التعسف نفسها فإننا نرى من الأجدى دراسة هذا الموضوع واستفصال أحكامه المتعلقة بالجزاء المترتب عن الإساءة في استعمال حق الطلاق من الأزواج على زوجاتهم في الفقه والقانون، مع دعم ذلك بشواهد التطبيق القضائي؛ حيث نفتتح البحث بالتطرق لماهية الطلاق التعسفي أولا، ومن ثم إلى حكم التعويض عنه ثانيا.

أولا: ماهية الطلاق التعسفي:

سنتطرق في بحث ماهية الطلاق التعسفي من خلال تعريفه أولا، ثم بيان المعايير المعتمدة فقها لإثبات صور التعسف فيه ثانيا.

1- تعريف الطلاق التعسفي:

تعد لفظة التعسف من الاطلاقات الحديثة والاصطلاحات المستجدة التي لم يرد لها ذكر لدى الفقهاء قديما، وإن كانت حاضرة مضمونا في مصنفاتهم ومؤلفاتهم تحت مسميات وقواعد جزئية، تنتظم تحتها بعض جزئيات هذا الإطلاق، ومشتملاته، وضوابطه الناظمة له²، ومنه فلا مناص من بحث مفهوم الكلمة لدى الفقهاء المحدثين؛ إذ عرفها الفقيه الدريني بأنها: "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب

¹ - أبو زهرة: أحكام التركات، مرجع سابق، ص 252.

² - القضاة، محمد: طلاق التعسف في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مجلة الدراسات في التعليم الجامعي، مصر، ع 4، 1996، ص 73.

الأصل"¹. وعلى هذا فإن مضادة قصد الشارع "إما أن تكون مقصودة، بأن يقصد المكلف في العمل المأذون فيه هدم قصد الشارع عيناً، بأن يستعمل الحق لمجرد قصد الإضرار، و قصد الشارع من شرعية الحق تحقيق المصالح لا المضار، أو أن يتذرع بما ظاهره الجواز، إلى تحليل ما حرم الله، أو إسقاط ما أوجبه عليه، ومن الأول بيع العينة للتوصل إلى الربا المحرم، ومن الثاني: هبة المال - سوريا - قرب نهاية الحول، احتيالا على إسقاط الزكاة. وواضح أن هذا التذرع يفضي إلى خرم قواعد الشريعة، وهدم مقصد الشارع، وتلك مناقضة لقصد الشارع ظاهرة، وكذلك سائر الحيل التي يتذرع بها إلى إبطال حكم شرعي، أو إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة"².

هذا وقد عرف الطلاق التعسفي بعدة تعريفات أهمها:

- **تعريف محمد القضاة:** "هو استعمال الطلاق من أجل إلحاق الضرر قصداً أو نية دون حاجة"³، وهذا التعريف منتقد؛ كونه يقتصر على الصورة القصدية من صور التعسف، إذ أن الطلاق يكون تعسفياً - رغم تعلقه بتصرف مأذون فيه شرعاً - إذا تغيا منه الزوج الإضرار بالزوجة قصداً، وهي الصورة المذكورة بالحد، كما يحصل التعسف أيضاً إذا كانت النية متجهة - لا إلى الإضرار - بل لمجرد قصد مخالفة الحكمة التشريعية للطلاق، لتحقيق مصالح فردية غير تلك المقصودة من الشارع.

- **تعريف جميل فخري:** أنه "مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح حالاً أو مآلاً، بلفظ مخصوص"⁴. ورغم دقة هذا التعريف - عن سابقه - إلا أنه أغفل الإشارة إلى أصل ومحل تعلق المناقضة، وهو الحق أو المباح، وعليه يكون التعريف المرتضى لواقعة الطلاق التعسفي هو: "مناقضة مقصود الشارع في حق رفع قيد النكاح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص".

2- معايير الطلاق التعسفي:

تتأسس نظرية التعسف - بشكل عام - في الفقه على جملة معايير، يتحدد بها مقدار درجة هذا التعسف، وليس الطلاق في ذلك إلا صورة من صور التصرف التي يمكن إخضاعها لهذه الموازين، ليتحدد بها - في التطبيق الواقعي - مدى توافر هذا التعسف من عدمه، للقول بتجريمه أو إباحته؛ بحسب ظروف الحال وملايسات كل صورة جزئية من صور التصرف بفك الرابطة الزوجية. و عليه فيمكن القول بأن التقدير القضائي لمدى حصول الإعانات والإضرار بالطلاق، وتوجه القصد للتعسف فيه، أو التعذر به لنيل

1 - الدريني، فتحي: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، سوريا، ط4، 1988، ص 87.

2 - الدريني، فتحي: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع نفسه، ص 87 و88.

3 - القضاة، محمد: طلاق التعسف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 73.

4 - فخري، جميل: التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، دار الحامد، الأردن، ط 1، 2009، ص 123.

مراد مناقص للمقصود الشرعي أو القانوني يعد من أعقد القضايا المنظورة قضاءً وأصعبها، لأن طبيعة الحياة الزوجية لا تقوم على التزامات مضبوطة، أو حدود معلومة، أو واجبات محصورة، فضلاً عن اصطباغ أغلب تلك الجزئيات بالطابع المعنوي الذي تطغى عليه العواطف والأحاسيس، والأهواء والرغبات¹، وهو الأمر الذي يؤكد على ضرورة اعتماد موازين ومقاييس محددة لضبط التعسف الحاصل في الوقائع، وحصص حدوده، وتقدير نسبته، ومدى الضرر الناجم عنه، لتحديد نسب التعويض ومقاديره.

وإذا تأكد ذلك فإنه يمكن القول بأن النظر القضائي في تطبيق القواعد الفقهية والقانونية على الأفعال والتصرفات التي يرفع بها قيد الحياة الزوجية منوط بأحد معيارين:

أ- المعيار الذاتي أو الشخصي:

للتعرف على مدى توافر الوصف التعسفي في التصرف بالطلاق يستدعي هذا الضابط النظر في العوامل النفسية والبواعث المعنوية التي وجهت إرادة ذي الحق إلى أعمال حقه المأذون له فيه؛ إما بقصد الإضرار، أو بدافع تحقيق مصالح غير مشروعة وفق باعث غير مشروع²، ومنه فإن هذا المعيار يقوم على:

-تمحض قصد الإضرار:

وأساس هذا الشق النظر في العامل النفسي المحرك لإرادة الزوج للتصرف في حقه الممنوح له شرعاً لرفع قيد العصمة الزوجية، قصد التعرف على الأسباب الحادية به إلى الطلاق، فيما إذا كانت مرتبطة بخطأ من الزوجة، أو عيب فيها لتحديد صاحب المسؤولية في الطلاق. ومنه فإذا ثبت للناظر القضائي توجه قصد الزوج للإضرار بالزوجة في غير ما سبب معقول، أو حاجة مرغوبة، أو مصلحة مطلوبة، انتقاماً منها، أو إساءة لها فإن ذلك يكفي تعسفاً إذا ما ترتب عنه ضرر مادي أو معنوي بالزوجة، يوقع صاحبه تحت طائلة المسؤولية والمساءلة على هذا التعدي الموجب للضمان، ورفع الضرر أو دفعه بالمراجعة أو التعويض³.

ويعد هذا المعيار من أصل وأقدم الضوابط المعينة على قياس درجة التعسف، غير أن الكشف عنه عسير جداً لارتباطه بالأمر النفسي والنوايا الخفية، ولذلك يكتفى في إثباتها بالقرائن والظروف الدالة على مظنة هذا القصد⁴.

-الباعث غير المشروع:

1- الزحيلي، محمد: التعويض عن الطلاق، مجلة القضاء، العراق، السنة 34، ع1 و2، كانون الثاني 1979، ص 118 و 119.

2- الدريني، فتحي: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص242.

3- سنوسي، علي: التعسف في استعمال حق الطلاق، مجلة الفقه والقانون، المغرب، ع 21، يوليو 2014، ص 89 و 90.

4- الدريني، فتحي: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 200 و 243.

إذا كانت نية الزوج من إيقاعه الطلاق هي مجرد نيل مصلحة غير التي من أجلها شرع الطلاق، فإن المطلق يعتبر متعسفا في استعمال حقه لمضادة مقصوده لمقصود الشارع وما يترتب عن ذلك من مضار للمطلقة، فالزوج الذي يرمي من طلاق امرأته إعادة الزواج بأخرى، أو حرمان زوجته من الميراث، أو التخلص من التبعات الزوجية، والتنصل من المسؤوليات المادية المترتبة في ذمته، مضاد ومعاند للشرع الذي يجعل الأصل في الطلاق الحظر، فلا يوقع إلا لحاجة مشروعة كحل نهائي وختامي لا مناص منه لحياة تعطلت فيها المودة، وماتت فيها جذوة الرحمة، واشتد فيها عود الخصام، وقوى فيها سلطان الشقاق، ولم يبق فيها للإصلاح مجال، فالتحليل على ذلك هدم لنعمة الحياة الزوجية، وكبت وحرمان للزوجة من التحصن المشروع، وإسفاف وإضرار بكيانها المادي، ومكانتها الاجتماعية دونما مسوغ مقبول¹.

ب- المعيار الموضوعي:

يعتمد هذا الضابط لتقدير مدى التعسف الحاصل من إنهاء العلاقة الزوجية ورفع قيد العصمة منها على الموازنة بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع، وما يتفصد عن فعله من مفسدة، ومنه فالمعيار الموضوعي أو المادي ههنا يقوم على:

-الضرر: الفاحش: قرر الفقه هذا المعيار لتنسيق المصالح الفردية المتعارضة، فيقيد مالك الحق في التصرف فيه بما يمنع عن الآخرين الأضرار الفاحشة، والمضار غير المألوفة التي تخل بالتوازن الاجتماعي بين المصالح الفردية حالا، والمصالح الاجتماعية مآلا. وإذا كانت العلاقات الحوارية هي أبرز صور هذا المعيار²، فإن أكد متمثلاته الواقعية يتجسد في العلاقات الزوجية، التي يكون مبنائها التراحم والتعاطف والتحاب، وقطع هذه العلاقات وإنهاؤها بالطلاق إذا ما تم لغير ما مصلحة، أو لنفع فردي تافه يورث المطلقة إضرارا فاحشا بسمعتها، وانتقاصا لمكانتها، ووأدا لمستقبلها، وتفويتا لمصالحها، وتعطيلا لحاجاتها، سيما في واقعا الراهن اليوم الذي تكدست فيه النساء العوانس، وكثرت فيه نسب الطلاق، فلا مطمع في افتتاح حياة زوجية أخرى، تضمن بها المعيل والمأوى والولد، فالنتائج الوخيمة التي تنجر عن استعمال الزوج لحقه المشروع في الطلاق على هذا النحو تهدر التوازن المصلحي داخل الأسرة حالا والمجتمع مآلا. وهو ما لا يتفق وروح الشرع، ومنطق القانون، مما يستوجب القول بمنع هذا التعسف، ورفع ضرره، وكبح أخطاره³.

1- القضاة، محمد: طلاق التعسف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 74، العبيدي، مجيد: الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون، مجلة الأنبار، العراق، مج 1، ع 3، 2009، ص 14.

2- الدريني، فتحي: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 269.

3- سنوسي، علي: التعسف في استعمال حق الطلاق، مرجع سابق، ص 90. الدريني، فتحي: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 209.

- الاختلال البين في توازن المصالح: وهو من مقتضيات العدالة الحقة، والإنصاف الدقيق والمطلق في الشريعة الإسلامية، إذ أن نطاق الطلاق التعسفي -من وجهة نظر الفقه - لا تتوقف عند شخص قصد الإضرار أو الاحتيال بالحق المشروع لنيل قصد غير مشروع، بل إن معايير التعسف تمتد أيضا لتشمل تقييم التفاوت بين الاستعمال المشروع لحق إنهاء الحياة الزوجية تقصدا لغايات مشروعة، وبين المفساد التي يمكن أن تترتب على ذلك الاستعمال بالنسبة للزوجة؛ فإن كان الاختلال جسيما دخل التصرف ضمن دائرة التعسف الملزم للتعويض¹، وحتى لو كان الطلاق حاصلًا لمبررات جدية وأسباب شرعية؛ كبغض الزوجة أو عدم التفاهم، وانعدام الألفة، وفقد التوافق في المزاج والطباع، وغيرها من المصوغات، فإنه إذا أدى إلى مفساد أعظم على الزوجة والمجتمع من المنافع المتحققة للزوج، فإن ذلك موجب لمسألة الزواج، ومطالبته بحسم مفساد هذا التصرف، أو جبر أضراره على الأقل.

وجذر هذه القاعدة مشتق من أصل مستقر في علم الأصول؛ المتعلق بالنظر في مآلات الأفعال ونتائجها الحاصلة في الواقع، والذي يتأسس فيه قانون المشروعات على غلبة المصلحة للمفسدة²، أما إذا تساوت المصلحة المرجوة للزوج من الطلاق مع الضرر الحاصل بالمرأة، فإن موجب التعسف يبقى قائما إعمالا لقاعدة "درء المفساد مقدم على جلب المنافع"، ويتعين معه المصير للقول بالإرجاع أو التعويض³.

ثانيا- حكم التعويض عن الطلاق التعسفي:

1- حكم التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي:

تعد هذه المسألة من المواضيع المستجدة على بساط البحث الفقهي، إذ لم يتطرق لها فقهاء السلف قبلا بالمدرسة، وإنما هي ثمرة للاختلاف الفقهي المعاصر بشأن نظرية التعسف في استعمال الحق، والتحقيق في صوره المندرجة ضمن المجاوزة والتعدي، للقول بضرورة التعويض عن المضار الواقعة بسببه من عدمها. وعليه فقد انقسم الفقه الحديث بشأن هذه المسألة على مذهبين هما:

أ-المجيزون للتعويض:

1 - أهمو، عمر: التعويض عن الطلاق التعسفي، مجلة الواضحة، المغرب، ع 7، 2007، ص 194. الدريني، فتحي: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 264 و265.

2- الشاطبي: الموافقات، مرجع سابق، ج3، ص74. الدريني، فتحي: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص266.

3 - سنوسي، علي: التعسف في استعمال حق الطلاق، مرجع سابق، ص 90.

وبه قال كل من عبد الرحمن الصابوني، وعبد الوهاب خلاف، ومصطفى السباعي، ومحمد الزحيلي، وفتحي الدريني، ووهبة الزحيلي، وأحمد الغندور، ومحمد القضاة، ومحمد مذكور وغيرهم¹، إذ قالوا بأن إساءة استعمال حق الطلاق موجبة للتعويض، واحتجوا لذلك بعدة أدلة نجملها فيما يلي:²

- العمل بمبدأ السياسة الشرعية العادلة، والتي تقتضي دفع الظلم عن المرأة، ورفع الغبن عنها، ومنع تعريضها للفاقة والحرمان، بسبب إعنات الزوج، وعدم تقديره لعواقب الأمور.

- إن الأصل في الطلاق الحظر - على رأي غالبية الجمهور من حنفية، ومالكية، وشافعية، وحنابلة³ - لما فيه من قطع الألفة، وهدم أركان المودة، وكفران نعمة السكن، فلا يلجأ إليه إلا للحاجة ملحة، أو مصلحة ظاهرة؛ كاستحالة الحياة الزوجية، أو تنافر الطباع، أو تباين الأخلاق، أو عروض البغضاء الموجبة لتعدي

1- الدريني، فتحي: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 170. القضاة، محمد: طلاق التعسف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 79. الزحيلي، محمد: التعويض عن الطلاق، مرجع سابق، ص 111. الصابوني، عبد الرحمن: مدى حرمة الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الفكر، سوريا، ط 2، 1968، ص 117.

2- الزحيلي، وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 9، ص 7066. عمرو، عبد الفتاح: السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 181 و ما بعدها. القضاة، محمد: طلاق التعسف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 76.

3- ذهب جمهور الفقهاء من المالكية، و الشافعية، و الحنابلة، و بعض الحنفية إلى القول بحظر يد الزوج على الطلاق إلا لمصلحة بينة، و استندوا في ذلك إلى نصوص من القرآن و السنة و المعقول:

- فمن القرآن الكريم: قوله تعالى ﴿فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾ [سورة النساء: الآية 19]، فقد أفادت الآية الأولى تحريم الطلاق مع استقامة الزوجة، و عدته بغيا و جورا و ظلما يمتنع في حق المسلم، بينما نذبت الآية الثانية الأزواج إلى الاستبقاء على الزوجة - مع كراهة الزوج لها - رجاء الخير و الإصلاح للحمة الأسرة.

- ومن السنة النبوية: قوله ﷺ - في الحديث الذي رواه ابن ماجه و أبي داود و الحاكم - "أبغض الحلال إلى الله الطلاق" و قوله ﷺ - فيما رواه عن أبي موسى الأشعري عن الطبراني و البزار: "لا تطلق النساء إلا من ربية، إن الله لا يحب الذواقين و الذواقات". و قوله ﷺ: "أبما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس، فحرام عليها رائحة الجنة" رواه ابن ماجه و الحاكم، فقد أفادت الأحاديث اعتبار الطلاق بغضا إلى الله و البغض يفيد الحظر فامتنع اللجوء إليه إلا لضرورة و إلا عد تجن موجب للحرمان من الجنة، و الزوجان في ذلك سواء ما دامت العلة واحدة.

- من المعقول: أن الطلاق هدم لسنة الاجتماع الواجبة، و كفر بنعمة السكينة، و حسم لأسباب المودة، و تعريض الأنفس للفساد، و الإسفاف بها في مهايو الزلل، و تشتيت للولد، و فك عقدة الأسرة، و قطع الوشائج الاجتماعية، و منه كان الأصل فيه المنع حتى تقوم الحاجة اليه. ينظر:

ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج 3، ص 228. ابن الهمام، كمال الدين: فتح القدير، مرجع سابق، ج 3، ص 467. الخرشبي، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج 4، ص 27. القرافي، أبو العباس: الذخيرة، مرجع سابق، ج 1، ص 66. الجويني، أبو المعالي: نهاية المطلب في دراية المذهب، مرجع سابق، ج 14، ص 11. ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه أحمد ابن حنبل، مرجع سابق، ج 3، ص 106. ابن ماجه: السنن، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب حدثنا سويد بن سعيد، ج 1، ص 650 و باب كراهية الخلع للمرأة، ج 1، ص 662. الترمذي: السنن، مرجع سابق، كتاب الطلاق و اللعان، باب ما جاء في المختلعات، ج 1، ص 485. الطبراني: المعجم الاوسط، مرجع سابق، كتاب الميم، باب من اسمه محمود، ج 8، ص 24. البزار: مسند البزار، مرجع سابق، مسند أبي موسى ﷺ، أول حديث أبي موسى، ج 8، ص 70. ابو داوود: سنن أبي داود، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب في كراهية الطلاق، ج 2، ص 255. الحاكم: المستدرک، مرجع سابق، كتاب الطلاق، ج 2، ص 214.

حدود الله، وإلا عد المطلق متعسفا في استعمال هذا الحق، متلاعبا بشرع الله، مستهزأ بالرباط المقدس والغليظ، فاستوجب العقوبة والضمان.

- يجد مبدأ التعويض سنده في مشروعية تمتيع المطلقة، إذ أوجبها الشافعي في مذهبه الجديد- لكل مطلقة من فرقة لم تكن سببا فيها، لقوله تعالى ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾¹. وهو المروي عن عمر رضي الله عنه، وعلي بن أبي طالب رضي الله عنه، والحسن رضي الله عنه، وسعيد بن جبير، وأبي ثور، وهو قول الظاهرية، ورواية عن أحمد²، و قال الحنفية والحنابلة بوجوبها للمطلقة قبل الدخول إن لم يجب لها شطر المهر، بأن كانت مفوضة ولم يفرض لها شيء³، لقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁴، و قال المالكية باستحبها لكل مطلقة طلاقا بائنا في نكاح لازم⁵، فإذا كان المقصد من تشريع التمتع للمطلقة هو رفع الوحشة من قلبها نتيجة المفارقة، وإظهار حسن الخلق، والتسريح بالإحسان والمعروف، فإن الأولى القول بالتعويض من طلاق يتم من غير مسوغ شرعي، ويوقع المرأة في إعنات ومضار، وتفويت مصالح عديدة قد لا تعود، أو يصعب تداركها.

- مقايضة التعويض على المفاداة في الخلع؛ فإذا كان مشروعاً للزوج أن يأخذ من زوجته مقابلاً لتسريحها مخالعة، فإن الزوجة أولى بالمقابل إذا كان في طلاقها إضراراً بها، وتعويضاً لها عن الظلم والهضم الواقعين بها من جراء التعسف في الفرقة.

- في الطلاق الذي يوقعه الزوج من غير سبب مشروع، أو لغير حاجة مضار جملة على الزوجة؛ ففيه كسر لقلبها بالفراق، وحرمانها من النكاح لقلّة الرغبة فيها كزوجة، و ربما لابتست شخصها الريبة، وطالها كلام الناس بالاتهام، وقد لا يكون لها مأوى ترجع إليه، أو معيل تستند إليه، مما يعرضها لأبواب الفاقة والمهانة والفساد. وهي- في أغلب الأحوال - أضرار محققة مما يستوجب مسؤولية الزوج المطلق تعاقدياً في

¹-[سورة البقرة: الآية 241]

² - الشافعي: الأم، مرجع سابق، ج7، ص 33،32. الماوردي: الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج9، ص475 و 476. النووي: المجموع، مرجع سابق، ج16، ص387. الطبري: جامع البيان، مرجع سابق، ج5، ص 125. ابن حزم: المحلى، مرجع سابق، ج10، ص 03. ابن قدامة، الكافي، مرجع سابق، ج 3، ص 72.

³ - الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج2، ص274. المروزي، إسحاق: مسائل الامام أحمد و إسحاق بن راهوية، مرجع سابق، ج4، ص1755.

⁴ - [سورة البقرة: الآية 236]

⁵ - مالك: المدونة، مرجع سابق، ج 2، ص 238 و ما بعدها. ابن رشد: المقدمات و الممهّدات، مرجع سابق، ج1، ص 551.

جبرها بالإزالة، أو التعويض عنها، ردا لاعتبارها، وحفظا لها ولكرامتها من مذلة الحاجة، والانزلاق في مهاوي الإسفاف، و ذلك تجسيدا للقاعدة الفقهية المتأتية من الحديث النبوي: "لا ضرر ولا ضرار"¹.

- إن عقد الزواج من القدسية وسمو المكانة ما لا يجوز معه تركه العوبة في أيدي الناس، ولا بد فيه من تدخل تشريعي من ولي الأمر حتى يطمئن مستقبل الأسر والأولاد من أخطار سفهاء الزواج الذين هم أخطر - في ميزان العقل والمنطق - من سفهاء المال، سيما في هذا العصر الذي تغيرت فيه جزئيات الواقع الاجتماعي الذي كان يحياه رعييل السلف الأول، وتنكبت فيه الأخلاق، وتبدلت معه الطباع وضاعت فيه القيم، وماتت الضمائر حتى أصبح الطلاق تجارة رائجة على ألسنة الصبيان والذراري والعزاب بله الأزواج²، فاحتاج الأمر إلى تحديد النظر في هذه الأوضاع الواقعية المؤثرة بما يلائم الوقت ويناسب البيئة، فكان الحق والعدل يقتضي القول بلجم الأزواج المتعسفين في الطلاق لغير ما مسوغ مقبول، من خلال الحكم بالتعويض المناسب للمطلقة³.

ب- المانعون للتعويض:

و به قال محمد أبو زهرة، وزكي الدين شعبان، وعبد الناصر أبو البصل، ونور الدين عتر، وبدران أبو العينين، وسيد سابق، ومحمود السرطاوي، وعبد الكريم زيدان وغيرهم⁴؛ حيث بنى جانب من هذا المذهب قوله على أساس أن الأصل في الطلاق الإباحة - كما هو الرأي عند بعض الحنفية⁵ - والإباحة تقتضي انتفاء الضمان. فالطلاق حق خالص للزوج لقوله ﷺ: "إنما الطلاق لمن أخذ بالساق"¹، فيتصرف فيه

1 - أحمد، مسند أحمد، مرجع سابق، مسند المكين، حديث أبي صرمة، ج 25، ص 35. الدارقطني: سنن الدارقطني، مرجع سابق، كتاب البيوع، ج 42، ص 51. البيهقي: السنن الكبرى، مرجع سابق، كتاب الصلح، باب لا ضرر ولا ضرار، ج 6، ص 114. الحاكم: المستدرک، مرجع سابق، كتاب البيوع، باب و أما حديث معمر بن راشد، ج 2، ص 66. وقال حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم.

2- تشير القراءات الأولى لنسب و أرقام الطلاق الحاصل في الجزائر خلال العشرة التالية لتعديل قانون الأسرة أن المجتمع يعيش - بحق - زمن الانهيار الأسري و التفكك الاجتماعي؛ إذ أن الأرقام المرصودة تففز سنويا بما معدله 5- 10 آلاف حالة، و هذا ما حدا بالمختصين إلى دق ناقوس الخطر و التحذير من سقوط المجتمع في منزلقات متقدمة من التفكك، و ما يتبع ذلك من تشريد للذرية و الاجيال، و فساد و ضياع للأمة مستقبلا.

3 - الصابوني، عبد الرحمن: مدى حرمة الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 117.

4 - السرطاوي، محمود: شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، الأردن، ط 3، 2010، ص 179. زيدان، عبد الكريم: المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم، الرسالة، لبنان، ط 1، 1993، ج 7، ص 359. أبو البصل، عبد الناصر: مدى سلطة و لي الأمر في تقييد ايقاع الطلاق، مجلة الحكمة، السعودية، ع10، نوفمبر 1996، ص 61.

5 - يرى بعض الحنفية أن الأصل في الطلاق الإباحة، لإطلاق النصوص، و لفعله ﷺ، و متابعة الصحابة:

- فأما إطلاق النصوص: فمثل قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسَبِّحِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدْرَهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [سورة البقرة: الآية 236]، و قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ [سورة الطلاق: الآية 101]؛ فعموم النصوص صريح في اجازة ايقاع الطلاق من الزواج بلا بأس.

كيفما شاء، ولا يجوز الرقابة عليه فيما يفعل من المباح، بالحكم بالتعويض، ولا بغيره طالما استعمل حقا منحه إياه الشرع والقانون².

- بينما يرى جانب آخر من هذا الفريق موافقة المحيزين للتعويض في أن أصل الطلاق هو المنع والحظر ولا يباح إلا للحاجة، غير أن هذه الحاجة تقديرية، إذ تكون غالباً نفسية لا تجرى عليها وسائل الإثبات، فهي تدخل ضمن نطاق ما يسمى قانوناً بالحق التقديري الذي يكون صاحبه الحكم الوحيد في تقدير الواجب الملقى على عاتقه حين استعماله له، فهو خارج عن نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق الموجبة للتعويض، لأنه من غير المتصور وصف المتصرف في حقه التقديري بالتعسف³.

- كما احتج القائلون بمنع التعويض عن الطلاق التعسفي أن الشريعة قصرت حق الزوجة المالي على النفقة ومؤخر الصداق حين طلاقها، وليس بينها التعويض، كما أن في المتعة غنية عنه لاختلاف التقديرات فيه، وتداخل الأهواء والتخمينات المبعدة له عن العدالة التي يبتغيها الشرع، من خلال القول بالتمتع الذي يحفظ للمطلقة كرامتها من غضاضة الريب، ويصون أسرار الأسر من فتك الألسن⁴.

كما احتجوا لهذا القول بكون الحكم بالتعويض عن الطلاق، الذي يجريه الزوج من دون مسوغ محدد يستلزم كشفاً لأسرار الأسرة، والاطلاع على البواعث والنوايا، وقد يكون منها ما يجب ستره، وهي "في كل أحوالها، أو جلها لا يجوز أن تعرض بين أنظار القضاة، ويتنازعها الخصوم فيما بينهم شداً وحذباً، وقد أخطأ من حكم بالتعويض لأجل الطلاق، لو كان ثمة شرط يوجب التعويض؛ إذ يكون شرطاً فاسداً فيلغى، والحاجة التي تلزم ليست حاجة تجري عليها وسائل الإثبات"⁵.

- القول بالتعويض يؤدي إلى إلزام الأزواج بمعاشرة من يكرهون اضطراراً، مخافة التغمير بالتعويض، وهو ما يؤدي إلى النفرة في الحياة الزوجية، والظلم والتعدي في المعاشرة، مما يتنافى مع المصلحة الشرعية والمقصد المرجو من الزواج⁶.

-- و أما من السنة الفعلية و متابعة الصحابة: فقد ثبت أن النبي ﷺ طلق حفصة و فعله الصحابة رضوان الله عليهم - من دون بيان سبب أو حاجة ولو كان محظوراً لما أقدموا عليه. للاستزادة يراجع: السرخسني: المبسوط، مرجع سابق، ج06، ج 03. الزيلعي: تبين الحقائق، مرجع سابق، ج2، ص189.

1 - ابن ماجة: سنن ابن ماجة، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب طلاق العبد، ج 1، ص 672.

2 - الصابوني، عبد الرحمن: مدى حرمة الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 101. أبو زهرة: الأحوال الشخصية، دار الفكر، مصر، ط 3، د، ص 385.

3- سنوسي، علي: التعسف في استعمال حق الطلاق، مرجع سابق، ص 98.

4 - السرتاوي، محمود: شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 180 وما بعدها. الصابوني، عبد الرحمن: مدى حرمة الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 101.

5 - أبو زهرة: الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 385.

6 - القضاة، محمد: طلاق التعسف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 77.

- ولم يشرع في الإسلام التعويض المادي لقاء الأمور المعنوية إلا في حالات محصورة بشواهد النصوص؛ كبذل المتلفات، وإرش الأعضاء، ودية قتل الخطأ، وما عداه فالعقوبة في الإسلامية بدنية، لا مالية، بخلاف العقوبة المالية على الجوانب المعنوية فهي من آثار الأنظمة الغربية¹.

الترجيح: يترجح للباحث - بعد هذا العرض الفقهي - أن رأي القائلين بجواز التعويض عن كل طلاق يقع من دون سبب أو حاجة تستدعيه هو الأقرب للصواب، لأن أصول التشريع الإسلامي تشهد لرفع الضرر، ودفع المضارة فإن لم يكن في الوسع هذا الرفع، أو تحقيق ذلك الدفع فلا أقل من تخفيف آثار التعدي بالتعويض، إحقاقاً للعدل، وتجسيدياً لروح الشرع في منع المضارة التي قام بها الأصل النبوي " لا ضرر ولا ضرار "، و الشريعة السمحاء "عندما شرعت الطلاق لم تطلقه شعاراً دعائياً، ولم تمنحه سيفاً مسلطاً، ولم تفتحه باباً للفساد والإفساد، أو للظلم والإيذاء، أو للضرر والاعتداء، وإنما وصفته علاجاً ودواء شافياً لأمراض مستعصية، وأباحته لحكم جليلة، ومقاصد نبيلة، وغايات شريفة"²، وعليه وزيادة على ما بحث فإن الأليق والأصوب في المسألة القول بالتعويض المطلق للزوجة أو الزوج، متى حصل الإضرار أو التعسف من الطرف المالك للفرقة أصالة، أو نيابة وتفويضاً.

2- حكم التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون الجزائري:

حول قانون الأسرة الجزائري الزوج حق الطلاق، وجعل له العصمة الزوجية في إبقائها أو إنهائها، كما هو نص المادة 48 من قانون الأسرة، والأصل ألا يترتب على استعماله لهذا الحق سوى استحقاق الزوجة لتوابع عصمتها من مؤخر صداق ونفقة عدة، كما هو مقرر قضاءً، غير أنه إذا ثبت عن الزوج إساءة في استعمال هذا الحق القانوني؛ بأن كان الطلاق عرياً عن سائق مقبول، أو اتجهت نية موقعه إلى الإضرار بالزوجة، والإساءة لسمعتها فإن القاضي ملزم بالحكم بالتعويض عن الضرر اللاحق بالمطلقة، إحقاقاً للعدل، ودرءاً للتعسف والعنت عن المطلقة. وفي ذلك تنص المادة 52 من قانون الأسرة: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

فالمشرع الجزائري أخذ بنظرية حظر الطلاق إلا للحاجة مقبولة، أو سبب جدي يسوغ الفرقة، وهذا ما أكده القضاء في العديد من تطبيقاته وأحكامه القضائية؛ فقد جاء في القرار رقم 28784 أنه "من المقرر شرعاً وقانوناً إذا كان الطلاق غير مبرر فإن للمطلقة الحق في النفقة والتعويض وسائر توابع العصمة"³. وعليه فقد دأب القضاء على مساءلة الزوج عن الأسباب والدوافع التي أوجته إلى إيقاع الطلاق، أو طلبه

¹ -القضاة، محمد: طلاق التعسف في الفقه الإسلامي، مرجع نفسه، ص 77.

² - الزحيلي، محمد: التعويض عن الطلاق، مرجع سابق، ص 117.

³ - قرار المجلس الأعلى رقم 287884، الصادر بتاريخ: 1982/11/12، النشرة القضائية، 1986، ع 2، ص 32.

من المحكمة، لبحث مدى جديتها، وتقدير مدى قابليتها لتبرير استعمال هذا الحق على الوجه الشرعي والقانوني¹. ويخضع النظر في تقدير هذه الجدية والقابلية للسلطة الاجتهادية الممنوحة للقاضي، إذ لم يرد نص قانوني يذكر هذه الأسباب أو حصرها، وعليه فإن هذا النظر القضائي لتلك الأسباب عادة ما يتسم بالدقة، والتعقيد، والجرح أحياناً، بسبب تعلق أغلب البواعث بطوايا النفوس، ودخائل الصدور المضمره، والتي قد يفضل الأزواج كتمانها، وعدم البوح بها، على نشرها في سجلات القضاء، أو الإشاعة بها في جلسات المحاكم.

و هو الأمر الذي يكلفهم - على نحو آلي - تحمل مسؤولية الطلاق، كما هو مكرس بالاجتهاد القضائي؛ إذ جاء في القرار 223019: "من المقرر قانوناً أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس في محله، ومتى تبين في قضية الحال أن الزوج يتحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح عن الأسباب التي دفعته إلى الطلاق، وذلك تجنباً للجرح، أو تحطياً لقواعد الإثبات، خلافاً للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم، وعليه فإن قضية الموضوع، لما قضوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير، طبقوا صحيح القانون"²، وقد يتاح للقاضي الاستفادة من هذه الأسباب من مجرد تفحص العرائض والدفعات، وعليه فقد قررت المحكمة العليا أن تأخر الزوج عن الدخول بزوجه لمدة 5 سنوات فيه تعسف في حق الزوجة، وإعنات لها، وإضرار بحقها المعنوي في الزواج الذي قد تحرم منه، وعليه فإن طلبها في حق التعويض مؤسس³.

كما كرس الاجتهاد القضائي في مبدئه أن طلاق الزوج الواقع في مرض موته، قصد حرمان الزوجة من الميراث، لا يمنعها من استحقاق منابها في التركة، ولو كان الطلاق بائناً وفق ما قرره التطبيق القضائي للمحكمة العليا تحت رقم 101444 الصادر بتاريخ 1993/12/21؛ حيث جاء في حيثياته أنه ورغم وقوع الطلاق صحيحاً بين الزوجان (ل.ا) و (ج.ذ) غير أن ما "يتعلق بحق الزوجة المطلقة في الميراث، إذ يعتبر الفقهاء الزوجة التي طلقها زوجها، ومات وهي في عدتها تعتد بأبعد الأجلين، وتستحق منابها في الميراث؛ أي تعتبر أنها مازالت زوجته، ولو كان الطلاق صحيحاً فهي في حكم الزوجة، وأما إذا طلقها زوجها وهو مريض مرض الموت، ولو كان الطلاق بائناً، ومات وهي في عدتها وثبت أنه قصد حرمانها من

¹ - سعد، عبد العزيز، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص123.

² - قرار المحكمة العليا رقم 223019، الصادر بتاريخ: 1999/06/15، المجلة القضائية، ع 103.

³ - قرار المحكمة العليا رقم 135435، الصادر بتاريخ: 1996/04/23، المجلة القضائية، 1998، ع1، ص129.

الميراث.... فقد اعتبر الزواج قائما حكما وقت الوفاة في حق الميراث فقط، لقيام الدليل على ثبوته على خلاف القواعد، وهو معاملة الزوج بنقيض مقصوده¹.

وقد يتطلب الأمر المضي في جلسات الصلح السرية الإلزامية، للوقوف على حقيقة واقع كل من الزوجين، والبواعث الناهضة بالزوج لإنهاء الحياة الزوجية، ومعرفة ما إذا كانت تتسم فعلا بالجدية، أم أنها مجرد أسباب طائشة، وأوهام وخيالات تستوجب عقوبة التعويض. ويبي القاضي حكمه هذا من خلال الموازنة بين الدوافع الباعثة إلى استخدام الحق، وبين الآثار المترتبة عن هذا الاستعمال، وقد يتسنى استنتاج ذلك من خلال الحثيات المتلبسة بأحد طرفي العلاقة²، كأن تنازل الزوجة عن موقفها، و تثبت بالعودة إلى الحياة الزوجية مع تمادي الزوج في موقفه المتصلب³، وهو ما أكدته الاجتهاد القضائي من خلال بعض أحكامه من ذلك ما قضت به محكمة سعيدة في حكمها الصادر بتاريخ 2008/05/21، إذ جاء في حيثياته أن مساعي الصلح بين الزوجين كللت بالفشل، وحرر بذلك محضر بتاريخ 2008/04/30، وحيث أن المدعي لم يقدم سببا جديا لحل عقدة النكاح فإنه يكون بذلك متعسفا في طلاقه، مما يستوجب قبول طلب المدعى عليها التعويض طبقا لنص المادة 52 من قانون الأسرة مع خفض المبلغ للحد المعقول⁴. و بالمثل فقد أكد التطبيق القضائي على أن الزوجة التي تطالب بالتطليق أو تكون سببا فيه⁵ لا تستحق التعويض ولا المطالبة به أمام القضاء، فقد جاء في ديباجة القرار رقم 53017 الصادر بتاريخ 1989/03/27 أنه: "متى كان مقررا قانونا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفا زوجته ونتج عن ذلك ضرر لمطلقته، فإن كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها، و حكم لها به، فالحكم لها بالتعويض غير شرعي، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهما خاطئا للقانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال - أن الزوجة هي التي طلبت التطبيق، فإن قضاة المجلس الذين وافقوا على الحكم الابتدائي وتعديلا له برفع مبلغ التعويض ونفقة العدة ونفقة الإهمال بالرغم من تصريح المجلس الابتدائي بأن الزوجة رفضت الرجوع، فإنهم بقضائهم كما فعلوا فهموا المادة 52 من قانون الأسرة فهما خاطئا"⁶.

1 - قرار المحكمة العليا رقم 101444، الصادر بتاريخ: 12، 1993/21، المجلة القضائية، 1996، ع2، ص 73.

2 - مسعودة، نعيمة: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر، 2010، ص 173 وما بعدها.

3 - بلحاج، العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، وفق آخر التعديلات، مرجع سابق، ج1، ص 237.

4 - يراجع حكم محكمة سعيدة، الصادر عن قسم شؤون الأسرة بتاريخ: 2008/05/21، تحت رقم: 08/1983. نقلا عن: مسعودة، نعيمة: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 173 وما بعدها.

5 - قرار المجلس الأعلى رقم: 39731، الصادر بتاريخ، 1986/01/271، المجلة القضائية، 1993، ع4، ص 61.

6 - قرار المحكمة العليا رقم: 53017، الصادر بتاريخ 1989/03/27، المجلة القضائية، 1991، ع1، ص 110.

غير أن الاجتهاد القضائي لم يلبث أن غير هذا الرأي باعتماد التعويض، قبل التعديل بالأمر 05-02، لكل مطلقة بغض النظر عن طالب الطلاق زوجا أم زوجة، لثبوت وقوع التعسف في أمثال هذه الوقائع من الأزواج عبر إعنات الزوجات، والإضرار بهن، وإرغامهن على طلب الطلاق. وبالتالي التملص من تبعاته وتعويضاته، وعليه فقد قررت المحكمة العليا اعتبار الزوج الذي يتأخر في الدخول على زوجته لمدة 5 سنوات متعسفا في حقها مما يبرر الحكم بالتعويض الممنوح لها؛ إذ جاء في مبدأ القرار الصادر بتاريخ: 1996/04/23 أنه: "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة طلب التطبيق مع التعويض، استنادا على وجود ضرر معتبر شرعا" وأثبت القرار في حيثياته أن: "ما يثيره الطاعن بشأن التعويض الذي يدعي أن المطعون ضدها لا تستحقه باعتبارها مخطوبة، وأن تصرفها بطلب التطبيق عدول، لكن بمراجعة القرار المطعون فيه فإن الطرفين زوجان بموجب عقد رسمي، وأن الطاعن تماطل بالدخول مما سبب ضررا للزوجة وأن انتظار هذه المدة ألحق بها ضررا معنويا، تستحق بموجبه التعويض طبقا للقانون"¹، وقد كرس التشريع هذا المبدأ القضائي واعتمده في تقنين الأسرة 05-09 مجسدا بالمادة 53 مكرر المستحدثة، كما نفى القضاء مسؤولية الطلاق عن الزوجة، وبالتالي منحها حق التعويض بالنسبة للزوج الذي لم يشترط عذرية الطاعنة في عقد الزواج، إذا ما تم الدخول لأن البناء بها ينهي كل دفع بعدم العذرية².

ولم يعتد التطبيق القضائي بمجرد ادعاء الزوج خيانة زوجته له، وعدم إثبات ذلك؛ إذ جاء في حيثيات قرار غير منشور للمحكمة العليا أنه: "حيث أن قضاة الموضوع أبرزوا في حيثياتهم بأن الطاعن (ب.ع) طلب الطلاق، وأصر عليه أثناء جلسة الصلح، لكون زوجته خائنة مع تشكيكه في نسب ولدين من أولاده، وهو الأمر الذي فندته المطعون ضدها في كون الأبناء الأربعة من صلبه هذا من جهة، ومن جهة ثانية، فإن قضاة الموضوع قالوا بأن الطاعن لم يقدم ما يثبت ادعاءاته مما يجعل طلاقه تعسفيا، و من ثم متعوا المطعون ضدها بحقوقها المادية المنجزة عن الطلاق والحضانة طبقا لموجبات قانون الأسرة"³.

كما لم يعتبر الاجتهاد القضائي أن عقم الزوجة مبررا يسوغ معه إنهاء العلاقة الزوجية، لأن عدم القدرة على الإنجاب هي من المسائل التي تخرج عن إرادتها، وعليه فإن "هذه المسألة لا تعد من الأسباب القانونية

1 - قرار المحكمة العليا رقم 135 435، الصادر بتاريخ 1996/04/23، المجلة القضائية، 1998، ع1، ص 129.

2 - قرار المحكمة العليا رقم 243417، الصادر بتاريخ 2000/05/23، المجلة القضائية، 2001، ع خاص، ص111. - قرار المحكمة العليا رقم 480264، الصادر بتاريخ 2009/02/11، مجلة المحكمة العليا، 2009، ع1، ص283.

3 - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2006/02/08، نقلا عن: آث ملويا، لحسين: المرشد في قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، د. ط، 2014، ص 145.

التي تحول للزوج الطلاق، وتحمل المطلقة مسؤوليته، وبالتالي يعتبر الزوج قد تعسف في طلاقه وتجاوز في استعمال حقه في الطلاق"¹.

و قد اعتبرت المحكمة العليا في اجتهاد لها غير المنشور أن من الصور المعفية للمسؤولية عن الزوجة في الطلاق إذا كان رفضها الرجوع إلى بيت الزوجية لمانع الخوف على حياتها بسبب الاعتداء بالضرب المبرح، والمعاملة الوحشية ضدها من طرف زوجها الثابتين بحكم جزائري، وقد تبين "من خلال وقائع القضية المطروحة أمام قضاة الموضوع، بأن اعتداءات الزوج، وقساوته امتدت إلى أبناءه، مما جعل الحياة الزوجية لا تطاق، ولا يد للطاعنة في تعكيرها، وبالتالي فمن باب الغبن والإجحاف تحميل المطعون ضدها مسؤولية الطلاق، و التي كانت دائما ضحية لاعتداءات زوجها، مما يتعين نقض القرار جزئيا في هذا الخصوص"².

هذا وقد تذبذب الاجتهاد القضائي، واضطربت قراراته في تحديد علاقة متعة الطلاق بالتعويض؛ فمرة يكيفها على أساس أنها ضميمة اسمية له، وأن لها ذات المدلول والعلة والحكم³، بل إن للمتعة الأولوية في التقديم والوجوب بحسب بعض تطبيقاته التنزيلية، مما يستوجب النعي على القرارات التي تقضي بدفع مبلغ المتعة فضلا عن مبلغ التعويض لجر ضرر الطلاق التعسفي، فقد جاء في القرار رقم 35912 أنه: "حيث أن الشريعة الإسلامية قررت للزوجة، التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عما حصل لها من ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعويضا، وكان على القاضي أن يحكم للمطلقة في القضية بمبلغ يفى بالمراد تحت التعبير الشرعي وهو المتعة، أو يعبر عنه بالتعويض وحده ليفسر بالمتعة، لا أن يمنحها مبلغا رمزيا زهيدا باسم المتعة، ويجعل لها مبلغا آخر غير شرعي تحت اسم التعويض، مما حرّمها من هذا الأخير لأنه غير واجب، وأجحف في حقها بالنسبة للمتعة، والمجلس إذ وافق على ذلك، وهو كما ذكر فإنه حاد عن الشرع وفرض قراره للنقض الجزئي"⁴.

غير أنه - وبالمقابل - اعتمد القضاء الفصل والتمييز بين نظامي التعويض والمتعة في قرارات أخرى؛ أشهرها القرار رقم 41560 الصادر بتاريخ: 1986/04/07 والذي جاء في حيثياته - وأكد ذلك

1 - قرار المحكمة العليا رقم 373707، الصادر بتاريخ، 2006/11/15، مجلة المحكمة العليا، 2007، ع 1، ص 502.

2 - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2012/04/12، نقلا عن: آث ملويا، حسين: المرشد في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 148.

3 - اعتمدت المحكمة العليا- مصطلح "المتعة" كتعويض عن ألم الطلاق وجبرا لأضراره التعسفية في العديد من القرارات أشهرها:

- قرار المجلس الأعلى رقم 43860، الصادر بتاريخ: 1986/12/29، المجلة القضائية، 1993، ع 2، ص 41.

- قرار المجلس الأعلى رقم 39731، الصادر بتاريخ: 1986/01/27، المجلة القضائية، 1993، ع 4، ص 61.

- قرار المجلس الأعلى رقم 44630، الصادر بتاريخ: 1987/02/09، المجلة القضائية، 1990، ع 3، ص 55.

- قرار المجلس الأعلى رقم 34259، الصادر بتاريخ: 1984/11/19، المجلة القضائية 1990، ع 1، ص 71.

- قرار المحكمة العليا رقم 391655، الصادر بتاريخ: 2007/04/11، مجلة المحكمة العليا، 2008، ع 1، ص 250.

4 - قرار المحكمة العليا رقم: 35912، الصادر بتاريخ: 1985/04/08، المجلة القضائية، 1989، ع 1، ص 89.

مبدأه- أنه: "حيث أن الشريعة الإسلامية تقر قانوناً للزوجة في تلك الحالة عدة نفقات؛ وهي نفقة الإهمال، ونفقة العدة، ونفقة المتعة، وحتى مبلغاً على سبيل التعويض، وبما أن القرار المنتقد لم يؤكد ذلك فهذا يضر بحقوق الزوجة التابعة لكل طلاق تعسفي، وبالتالي يعتبر مخالفاً للشريعة الإسلامية أو منعدماً أو مقصراً في التسيب"¹. وقد كانت المحكمة العليا أكثر وضوحاً وصراحة في بيان هذا التمايز في قرارها الصادر بتاريخ: 1991/06/18، إذ جاء في مبدئه أنه: "من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة، والتعويض، ونفقة العدة، ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصوراً في التعليل"².

و مكن صراحته في الاعتراف بالمتعة والتعويض كنظامين متميزين أن الطاعن (ع.ح) نعى على قرار مجلس قضاء سيدي بلعباس الصادر بتاريخ: 1989/02/07 أنه خرق القانون، وأخطأ في تطبيق المادة 52 من قانون الأسرة؛ بمنحه تعويضاً للمدعي عليها مرتين؛ مبلغ 30 ألف دينار مقابل المتعة، والتي هي -بحسبه- تعويض، ومبلغ 20 ألف دينار تعويض آخر، مما يعني أنه متعها مرتين اثنتين، وهو ما يصاد ويناقض نص المادة 52 التي تنص على التعويض مرة واحدة، غير أن جواب المحكمة العليا لم يعب على القرار المطعون فيه تعدد أنظمة التعويض، أو التمايز الحاصل بينهما، وإنما انتقد القرار لعدم التسيب، وهو ما يعني - مرة أخرى - وجود ميز بين النظامين، والفصل بينهما على مستوى التحسيد القضائي لنصوص التعويض³، وينبغي تدارك هذا التعارض في التطبيق، وتوحيد الاجتهاد القضائي تحقيقاً للعدالة بين المتخاصمين.

وهذا وقد اختلف التنزيل القضائي في مسألة تقدير التعويض، لجبر الضرر الناجم عن التعسف في استعمال حق الطلاق، والذي يخضعه القانون لكامل السلطة التقديرية للهيئة القضائية التي تنظر الدعوى، وقد جرى العمل على اعتبار كل طلاق يتم بإرادة الزوج المنفردة تعسفياً، حتى يثبت العكس لأغلبية تحقق الضرر المادي والمعنوي على الزوجة ليتعين معه التعويض، ويكون عبء الإثبات واقفاً على عاتق الزوج، الذي يستوجب عليه القضاء التعلل بأسباب جدية لإيقاع الطلاق، بغية إعفائه من مسؤولية التعويض⁴، وقد أكد الاجتهاد القضائي على تحقق الإعفاء من واجب التعويض بمجرد ثبوت مسؤولية الزوجة في الطلاق،

1 - قرار المجلس الأعلى رقم: 41560، الصادر بتاريخ: 1986/04/07، المجلة القضائية، 1989، ع2، ص 69.

2 - قرار المحكمة العليا رقم: 75029، الصادر بتاريخ: 1991/06/18، المجلة القضائية، 1994، ع2، ص 65.

3 - يرجع سبب اعتماد التمايز بين نظام المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي - من وجهة نظر الباحث - إلى اعتبار بعض القضاة التمتع تعويضاً عن الضرر المعنوي، المتمثل في تطيب النفس من ألم الفراق وفق النظرة الشرعية، أما التعويض الآخر فيكون لباقي الأضرار الناجمة عن التعسف في استعمال حق الطلاق، كنفويت الزواج، وفقد المعيل، وعدم الولي الذي يعيل، أو يقدر على إيوائها.

4 - سنوسي، علي: التعسف في استعمال حق الطلاق، مرجع سابق، ص 89.

وعليه فقد نص القرار رقم 39731 على أنه: "من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها عن طلاق غير مبرر، ويستقط بتحميلها جزءا من المسؤولية فيه، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا، فلا سبيل إلى تعويض أحدهما، ومنح المتعة للزوجة"¹. ومن الصور الموجبة لانتفاء التعويض أن يثبت الزوج نشوز زوجته، فيقضى له حينها بتطبيق نص المادة 55 من قانون الأسرة، التي تنص على تعويض الطرف المتضرر من الزوجين عند نشوز أحدهما، وهو ما قرره المحكمة العليا في العديد من قراراتها؛ كالقرار رقم 57812²، كما تعتبر حالة الطلاق بسبب الخيانة الزوجية وثبوت زنا الزوجة مبررا شرعيا مبرئا لعائق الزوج من تبعة التعويض، كما هو مقرر بالاجتهاد القضائي الصادر بتاريخ 18/06/1991 تحت رقم 74451³.

هذا وقد اختلف التنزيل القضائي في مسألة تقدير التعويض لجبر الضرر الناجم عن التعسف في استعمال حق الطلاق، والذي يخضعه التطبيق لكامل السلطة التقديرية للهيئة القضائية التي تنظر موضوع الدعوى شرط أن يجرى تسببيه وفق حالة الزوجين ومستواها المعيشي وفق نسبة التعسف ودرجته⁴، وهو ما أفصح عنه قرار المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 02/04/1984 والذي جاء فيه أنه: "من المقرر شرعا أن تقرير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاء الموضوع، فإن تسببيه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا؛ من غنى، وفقر، يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية"⁵. وقد نعى القرار على المجلس القضائي بالجزائر رفع قيمة المتعة من 2500 دج إلى 20 ألف دج، دون اعتبار لحالة وطبقة الزوجين وغناهما، وفقرها، أو غنى أحدهما، وفقر الآخر، ودون اعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية، والمقدرة ب 2500 دج. وذلك حتى يتسنى للقضاة معرفة ما إذا كان ما حكموا به في المتعة، التي رفعت إلى غير ما هو مألوف، يتناسب مع إمكانيات الزوج المادية، وعليه فإن الحكم على هذا النحو حاد عن الشرع والعرف المعهود بخلوه من التسبب وإعطائه قيمة مالية غير مألوفة، كتعويض عن الطلاق، مما يستوجب معه النقض جزئيا دون إحالة. وقد تكرر هذا التنزيل بالعديد من القرارات، كالقرار رقم 75029 الصادر بتاريخ 18/06/1991 الذي نقض قرار المجلس القضائي لسيد بلعباس الذي

¹ - سبقت الإشارة إليه.

² - سلفت الإشارة إليه في بند الطلاق عبر الوسائط الحديثة.

³ - قرار المحكمة العليا رقم 74451 الصادر بتاريخ، 18/06/1991، المجلة القضائية، 1993، ع3، ص79.

⁴ - بلحاج، العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، وفق آخر التعديلات، مرجع سابق، ج1، ص238.

⁵ - قرار المجلس الأعلى رقم: 32779، الصادر بتاريخ: 18/06/1991، المجلة القضائية، 1984، ع2، ص61.

رفع قيمة التعويض من 20 ألف إلى 30 ألف دون تبرير أو تعليل¹، وكذا القرار رقم 44630 الصادر بتاريخ: 1987/02/09، والذي عاب على القرار المطعون فيه خفض قيمة المتعة إلى 5000 دج، دونما أساس قانوني، وقد جاء في حيثياته أنه: "حيث يتبين من القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس اعتمدوا في تخفيض النفقات المحكوم بها للطاعنة على سبب وحيد هو أن المبالغ المحكوم بها مبالغ فيها اعتبارا لما جرى عليه المجلس من حيث تقدير التعويضات، و بما 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 أو عسرا، ثم حال مستوى المعيشة..."²، وكذا القرار رقم 391655 الصادر بتاريخ 2007/04/11، والذي أقام الطاعن فيه نقضه على عدم مراعات القضاة عسر العارض وحالته الاجتماعية، بسبب ضعف دخله الشهري الذي لا يتجاوز 5264.83 دج في تقدير قيمة التعويض المحكوم به 50 ألف دج، فضلا عن سائر النفقات. وهو ما فندته المحكمة بأن أمر التقدير لا يتوقف على حالته وحده، بل يتأسس كذلك على حالة الزوجة، والتي لم يبين أو يثبت يسار حالها خاصة، وأنها حاضنة لولدين، فضلا عن ذلك فقد أكدت المحكمة على أن استفادة المطلقة من تعويضات الطلاق الأول، لا يجرمها من الاستفادة من تعويضات الطلاق الثاني وعليه يتعين رفض هذا الوجه³.

ورغم ذلك، فإنه تجدر الإشارة إلى وجود اجتهادات قضائية أخرى تثبت معيار حال الزوج وحدها كأساس تقدير التعويض⁴، من مثل القرار رقم 43594، الصادر بتاريخ: 1986/09/22، والذي قرر في مضمونه أن: " القاعدة القضائية الجاري بها العمل تقتضي بأن النفقات والتعويضات تقدر على حسب حالة المنفق المادية والاجتماعية، وحيث أن قضاة مجلس الاستئناف لم يذكروا في حيثيات قرارهم السبب الذي اعتمدوا عليه، في تقدير المبالغ المالية الممنوحة إلى المستأنفة وإلى ولديها... يتعين القضاء بنقض القرار المنتقد جزئيا فيما يخص الحضانة والنفقة والتعويض"⁵.

¹ - سبقت الإشارة إليه.

² - قرار المجلس الأعلى رقم 44630، الصادر بتاريخ: 1987/02/09، المجلة القضائية، 1990، ع3، ص 55.

³ - قرار المحكمة العليا رقم 391655: الصادر بتاريخ: 2007/04/11، مجلة المحكمة العليا، 2008، ع1، ص 250، 251.

⁴ - للاستفصال، ينظر: بلعاج، العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، وفق آخر التعديلات، مرجع سابق، ج1، ص 238 و 239.

⁵ - قرار المجلس الأعلى رقم: 43594، الصادر بتاريخ: 1986/09/22، المجلة القضائية، 1992، ع4، ص 41.

المبحث الثاني: الاجتهاد التنزيلي في مسائل الحمل وتوابعه

تعد مسائل الحمل وما يتبعها من مسائل أحد أهم القضايا التي لازالت تشغل النظر الفقهي اليوم، بسبب ما يستجد فيها من حادثات، وما ينزل فيها من قضايا، تستتبع ضرورة إعمال الفعل الاجتهادي في شقه التطبيقي، لإيفاء تلك القضايا بما يواتيها من أحكام شرعية، تحفظ لها مقصدية بقاء النسل، وتحوط الأنساب فيها من الاختلاط. ولذلك كله فسنعتمد إلى تقسيم هذا المبحث أثلاثاً؛ نعالج في جزئه الأول بعض الجزئيات التطبيقية للمسائل اللصيقة بالجنين والحمل، بينما نرصد الجزء الثاني لنماذج القضايا المرتبطة بالنسب، ونعالج في الجزء المتبقي بعض المتعلقات المستجدة لموضوع النسل.

المطلب الأول: المسائل المتعلقة بالحمل

نتولى في هذا المطلب بحث نازلة الإخصاب الصناعي تصويراً وتكييفاً وتنزيلاً، وفق الضوابط الشرعية والقانونية المرعية في روافد كل نوع من أنواعها.

الفرع الأول: التلقيح الاصطناعي

أفرز التطور العلمي في مجال الطب تقدماً مذهلاً في حل الكثير من المشاكل المستعصية، وشفاء عديد العلل المستحكمة؛ من مثل العقم الذي ظهرت بشأنه نازلة التلقيح الاصطناعي، الذي يسر الإنجاب، وذلك طرق الحصول على زينة الحياة الدنيا، لتزفل بها حياة الزوجين، بعد سنين طوال من الانتظار، سيما مع ارتفاع حالات العقم وعسر الإنجاب هذه الأيام. كل هذا جعل الناس يتهافتون على هذه الآلية، بمجرد تأخر الولادة أشهراً معدودة، بعد الدخول. مما جعلها صنعة رائجة بين أزواج اليوم، ونازلة اجتماعية كثر عليها الطلب، واشتد بشأن أحكامها التساؤل. ولذلك جاءت هذه الدراسة لاستقصاء مفهوم هذه التقنية، وحكمها الشرعي، وآثارها المترتبة على النسب، وعلى العلاقة الزوجية ككل.

أولاً: تعريف التلقيح الاصطناعي

1-تعريف التلقيح الاصطناعي لغة: يقتضي المنهج البحثي في التعريف للمصطلحات المركبة، معالجة كل مفردة على حدى، ثم التطرق-بعدها- للتعريف الكلي للاصطلاح.

أ-تعريف التلقيح لغة: من لقح لقحا ولقاحا، وهو اسم ماء القحل من الإبل والخيل. وهو يدل على إقبال ذكر لأنثى¹.

¹ - الفارابي: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، مرجع سابق، ج 1، ص 401. ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، ج 2، ص 182 و183. ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، ج 5، ص 261.

ب-تعريف الاصطناعي لغة: من الصناعة مصدرا، وتعني العمل والحرفة. فإذا حذق الرجل في حرفته، قيل له صنيع اليدين، وصناع اليد، بالفتح. والاصطناع افتعال من الصيغة؛ يقال اصطنع الشيء، إذا سأل أن يصنع له¹. وفي الحديث الشريف أن رسول الله ﷺ: «اصطنع خاتما من ذهب...»².

2-تعريف التلقيح الاصطناعي اصطلاحا: عرف التلقيح الاصطناعي بتعاريف كثيرة متقاربة، نذكر منها:

-تعريفه بأنه: "إجراء عملية التلقيح بين حيوان الرجل المنوي وبيضة المرأة عن غير الطريق المعهود"³.
-وحدّ بأنه: "عدة عمليات مختلفة تتم بموجبها تلقيح البيضة بحيوان منوي وذلك بغير طريق الاتصال الجنسي"⁴.

- كما عرف بأنه: "كل طريقة أو صورة يتم بموجبها تلقيح البويضة بحيوان منوي بغير طريق الاتصال الطبيعي الجنسي بين الرجل والمرأة"⁵.
وهي حدود متقاربة المعنى متألّفة المفهوم غير أن أصوبها للجمع والمنع هو التعريف الأخير.

ثانيا: التطور التاريخي للتلقيح الاصطناعي

تمتد جذور التلقيح الاصطناعي إلى القرن 18م؛ إذ قام أخصائي علم الغرائز الإيطالي لا زارد بأول اختبار ناجح على امرأة سنة 1781م بعد نجاح العملية على الحيوانات⁶.
ثم حصل نوع من التقدم سنة 1958 مع الطبيب المختص دانييل بتروشي، الذي اختص يبحث أسباب التغلب على انسداد المسالك المبيضية. وحاول محاكاة عمليات التلقيح التي أجراها على الأرانب، بتخصيب جنين بشري وسط رحم زجاجي. غير أن وصاية الكنيسة عرقلت هذا المسار، وثبطته حتى جاء عام 1966، أين نجح بتروشي في عملية الإخصاب الأنبوبي، غير أنه لم يكتب للجنين البقاء إلا لفترة وجيزة. كما تمكن العالم الإيطالي دوليتي من تربية جنين على طريقة أطفال الأنابيب لمدة تجاوزت ثمانية أسابيع؛ تكونت خلالها كل ملامح الطفل، وهو ما لم يستسغه الفاتيكان، وقابله بموجة من التسخط والغضب العام بدعوى التلاعب بالخلق¹.

1 - ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، ج 8، ص 208 و209. الفراهيدي، الخليل بن أحمد: العين، مرجع سابق، ج 1، ص 304 و305. الرّازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 179.

2 - البخاري، الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب اللباس، باب من جعل فض الخاتم في بطن كفه، ج 7، ص 157.

3 - سلامة، زياد أحمد: أطفال الانابيب، الدار العربية للعلوم، لبنان، ط 1، 1996، ص 53.

4 - ابن سعيد، أحمد بن ناصر: دراسة شرعية لبعض النوازل الفقهية المعاصرة، مرجع سابق، ص 190.

5 - أبو عمر، سيد حبيب: التلقيح الاصطناعي، مجلة الوعي الإسلامي، الكويت، ع 537، ماي 2010م، ص 12.

6 - سلامة، زياد أحمد: أطفال الأنابيب، مرجع سابق، ص 55.

وفي ذات السنة تم للعالم إدواردز اكتشاف لحظة قابلية البويضة للتلقيح بدقة عالية. ثم أعلن في 1969 عن إجراء عمليات تخصيب لـ 65 بويضة، نجحت منها 18 عينة، دامت حياة أغلبها 31 ساعة، بينما ماتت البقية في غضون ساعات².

وفي 1971م استطاع الطبيبان إدواردز وستبتو من تجاوز معضلة إبقاء الأجنة حية مدة كافية لبداية تكون الجنين (في حدود 3 أيام). ثم واجهتهما عقبة إنجاح علوق اللقيحة بجدار الرحم عبر سوائل خاصة، تحفظ كيان الجنين وتحمي الرحم لاستقباله، ولم ينجح ذلك إلا سنة 1976م. لكن الحمل تم في قناة فالوب، مما استوجب استئصال مسلك التبويض³. وتواصلت التجارب تباعا حتى تمكن العالمان السالفان من تلقيح بويضة السيدة ليزلي براون من زوجها جون براون سنة 1977م، لتتوج سنة 1978م بولادة أول طفلة أنبوب في العالم. لتفتح البشرية بذلك عهدا جديدا مفعما بأمل التمتع بأبوة وأبوة طالما استعصت على مبضع الجراح⁴.

ثالثا: أنواع التلقيح الاصطناعي

الإخصاب الاصطناعي هو -باعتبار محله- نوعان داخلي وخارجي، ولكل منهما صور متعددة، نتولى دراستها تباعا فيما يلي:

1- التلقيح الداخلي:

هو "أن يدخل مني الرجل إلى رحم المرأة بالة ويحقن فيها"⁵. ويسمى أيضا الإخصاب الداخلي، أو التلقيح الإخصابي الذاتي⁶. وهذا النوع هو الأسبق ظهورا في عملية الإخصاب، ويلجأ إليه -عادة- في حالة ما إذا كان بالزوج قصور عن إيصال مائه إلى الموضع المناسب من رحم زوجة، للأسباب التالية:⁷

- 1 - سلامة، زياد أحمد: أطفال الأنابيب، مرجع سابق، ص 58.
- 2 - إقروفة، زبيدة: الاكتشافات الطبية والبيولوجية واثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، الجزائر، 2009م، ص 95. سلامة، زياد أحمد: أطفال الأنابيب، مرجع سابق، ص 58.
- 3 - السباعي، زهير والبار، محمد: الطبيب أدبه وفقهه، دار القلم، سوريا، ط1، 1993م، ص 341. الجابري، أحمد: الجديد في الفتاوى، دار الفرقان، الأردن، ط1، 1414هـ، ص 48.
- 4 - البار، محمد: خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية، السعودية، ط4، 1983م، ص 511. إقروفة، زبيدة: الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، مرجع سابق، ص 95. سلامة، زياد أحمد: أطفال الأنابيب، مرجع سابق، ص 60.
- 5 - القره داغي، علي محيي الدين والمحمدي، يوسف: فقه القضايا الطبية المعاصرة، دار البشائر، لبنان، ط 02، 2006، ص 567.
- 6 - أبو عمر، سيد حبيب: التلقيح الاصطناعي، مرجع سابق، ص 12. ابن سعيد، أحمد بن ناصر: دراسة شرعية لبعض النوازل الفقهية المعاصرة، مرجع سابق، ص 190.
- 7 - أبو زيد، بكر: فقه النوازل، قضايا فقهية معاصرة، مرجع سابق، ج 1، ص 264. ابن سعيد، أحمد بن ناصر: دراسة شرعية لبعض النوازل الفقهية المعاصرة، مرجع سابق، ص 190 و191.

- ضعف الحيامن المنوية عند الزوج (Astenospermia).
- قلة عددها عن الحد الطبيعي المقدر بـ 60-120 مليوناً / 1 سم³ (Olygospermia).
- كثرتها كثرة مفرطة (Polyspermia).
- شدة حموضة الإفرازات المهبلية المسببة لموت الحيامن (أقل من 3.5).
- التضاد المناعي بين خلايا الزوجين.
- العنة أو القذف السريع لدى الزوج.
- لزوجة إفرازات عنق الرحم، التي تعيق تنقل الحيوانات الذكرية فيه.
- القذف العكسي.
- استطالة المهبل أو حالة هبوطه (Prolaps).
- بعض الأمراض النفسية، وغيرها.

أ- كيفية التلقيح الداخلي:

وتتلخص كيفية هذا الإخصاب في أخذ السائل المنوي من الرجل، ثم تجري له عملية غسيل لاستخلاص الشوائب، وانتقاء أصلح الحيامن وأنشطها. ثم توضع في إناء معقم، وتسحب بمحقن خاص، لتقذف عبر عنق الرحم في المكان المناسب. وتتم العملية أيام التبويض، التي تكون عادة في اليوم 12 إلى 15 من الدورة الشهرية. وتبقى المرأة ممددة على ظهرها مدة ساعة من الزمن، لتيسير وصول النطف الذكرية إلى قناة فالوب، أين تكون البويضة بانتظارها. ليتم بذلك التلقيح على النحو الطبيعي المعهود، باندماج حيوان منوي واحد مع هذه البويضة¹.

ب- صور التلقيح الاصطناعي الداخلي:

يمكن تقسيم هذا النوع من الإخصاب -بحسب أطراف العلاقة- فيه إلى صورتين اثنتين هما:
-الإخصاب بين الزوجين: حيث يتم نقل السائل المنوي للزوج إلى رحم الزوجة، ليلتقي مع بويضتها، ويحدث التلقيح على النحو الطبيعي المعهود، كما لو تم الأمر بالجماع².

1 - الجابري، أحمد: الجديد في الفتاوى، مرجع سابق، ص 48. القره داغي، علي محيي الدين والمحمدي، يوسف: فقه القضايا الطبية المعاصرة، مرجع سابق، ص 565. النمر، عبد الرحمن اللطيف: العجز عن الإنجاب، مجلة الوعي الإسلامي، الكويت، ع 490، جمادى الآخرة 1427هـ، ص 37.

2 - القره داغي، علي محيي الدين والمحمدي، يوسف: فقه القضايا الطبية المعاصرة، مرجع سابق، ص 567.

-الإخصاب بين أجنبيين: ويتحقق من خلال أخذ الحيوانات المنوية من رجل يسمى المانح، وحقنها في رحم امرأة لا يربطها به رباط الزوجية. ويلجأ إلى هذه الطريقة عندما يكون الزوج مصابا بعقم لا ينتج معه أي حيامن جنسية ذكرية¹.

وجدير بالذكر أن هذا اللون من التخصيب، قد عرفه فقهاؤنا قديما في جملة افتراضاتهم التي صاغوا عليها الفقه؛ لا سيما الشافعية منهم، وبعض الحنفية. ولذلك ظهر مفهوم "الاستدخال" الذي بناوا عليه الأحكام الشرعية، ورتبوا له آثاره الواجبة من عدة وميراث ونسب...²

2- التلقيح الخارجي:

ويسمى أيضا الإخصاب المعلمي أو طفل الأنابيب³؛ وهو: "أخذ ماء التناسل من رجل وامرأة، وجعله في طبق اختبار، ثم زرع اللقيحة الناتجة في المكان المناسب من رحم المرأة"⁴. وملخص الطريقة التي تعتمد عليها هذه التقنية؛ أن تتم عملية حض كيميائي لمبيض المرأة من أجل إنتاج أكبر عدد من البويضات، ويستعان في ذلك بمركب الكلوميدي (Clomophen)، وهرمون قونادوتروفين (H.Gonadotrophin) اللذان تحقن بهما المرأة قبيل عملية التبويض، والتي يعرف موعدها من خلال قياس درجة حرارة المرأة⁵.

ثم تشفط هاته البويضات من المبيض، عبر جهاز لا بروسكوب (Labroscopy)، وتوضع في طبق مختبري به محلول خاص يشابه الوسط الطبيعي داخل الرحم. وفي ذات الوقت يتم سحب ماء الرجل، وتجري له عملية غسل ومعالجة لاستبعاد الحيامن الميتة والضعيفة، والزوائد الأخرى. ويوضع في المحضن الذي به البويضة، لتتم عملية التلقيح طبيعيا بين المائين. وقد يتدخل الأخصائي بإدخال الحيوان الذكري المنتقى

1 - ينظر القرار الثاني للمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بشأن التلقيح الاصطناعي: مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ع 10، ص 333. وابن سعيد، أحمد بن ناصر: دراسة شرعية لبعض النوازل الفقهية المعاصرة، مرجع سابق، ص 192.

2 - اعتبر الفقهاء الاتصال الجسماني مجرد وسيلة معتادة لا يتوقف عليها -بالضرورة- الإنجاب، الذي يقوم أساسا على التقاء ماء الزوجين، ولذلك ظهر مفهوم "الاستدخال" في الفقه الافتراضي للائمة القدامى، على ما سيتم التفصيل فيه. للاستزادة، يراجع: شلتوت، محمود: الفتاوى، دار الشروق، مصر، ط 18، 2008م، ص 325 و326. الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية، وزارة الأوقاف المصرية، مصر، د.ط، 1997م، ج 09، ص 3219.

3 - شاع استعمال مصطلح "طفل الأنابيب" كبديل عن التلقيح الاصطناعي، رغم أن الأول مجرد صورة واحدة من مجموع صور هذه التقنية؛ فهو اصطلاح غير دقيق، حتى في القسم الذي يختص به "التلقيح الاصطناعي الخارجي"، لأن هذه العملية تتم في أطباق مختبرية لا أنابيب تجارب. أبو زيد، بكر: فقه النوازل، مرجع سابق، ج 1، ص 264.

4 - ابن سعيد، أحمد بن ناصر: دراسة شرعية لبعض النوازل الفقهية المعاصرة، مرجع سابق، ص 190. أبو زيد، بكر: فقه النوازل، مرجع سابق، ج 1، ص 263.

5 - عادة ما ترتفع درجة حرارة المرأة نصف درجة تقريبا طيلة أيام خروج البويضة وعلوقها بالرحم.

بعناية داخل البويضة، عبر أنبوب معلمي، لتبدأ اللقيحة في الانقسام والامتشاج خلال 24 ساعة. وتستكمل البويضة الملقحة انقسامها، حتى تحصل مرحلة التوتة (Morula)، لتعاد بعدها إلى الرحم. وغالبا ما تستعمل في كل عملية ثلاث لقائح، لمضاعفة نسب نجاح العلوق، التي لا تتجاوز في أحسن أحوالها سقف 30-35%¹.

- صور التلقيح الاصطناعي الخارجي: تتعدد أساليب الإخصاب الخارجي، تبعاً لمصدر الماء - إلى صور كثيرة أهمها:²

- الأسلوب الأول: وهو أسلوب زوجي متمحض؛ حيث تؤخذ النطفة الذكرية من الزوج وبويضة من زوجته، وتوضعان في طبق مهين كيميائياً وفق شروط فيزيائية خاصة، ثم تلقح البويضة بالحيمن الذكرى، لتأخذ بعدها في الانقسام الخلوي مدة ثلاثة أيام تقريباً. ثم تنقل إلى رحم الزوجة صاحبة البويضة، لتنمو اللقيحة وتتخلق جنيناً حتى الولادة. وسبب اللجوء إلى هذه الطريقة عادة هو عقم الزوجة، بسبب انسداد قناة فالوب الرابطة بين مبيضها ورحمها انسداداً لا يرفعه تطبيب أو جراحة³.

- الأسلوب الثاني: وهي ذات الطريقة السالفة، غير أن اللقيحة الناتجة هنا تنقل لزرع في رحم الزوجة الثانية، التي تتطوع - برضاها - للحمل بدل ضررتها. ويلجأ غالباً لهذا الأسلوب في حال كان رحم الزوجة - صاحبة البويضة - معطلاً، ومبيضها سليماً. وتفترض هذه الطريقة أن تسمح قوانين بلاد الزوجين بالتعدد وتبيحه⁴.

- الأسلوب الثالث: ويجري فيه التلقيح خارجياً بين ماء الزوج وبويضة امرأة أجنبية عنه تسمى المتبرعة أو المانحة، ثم تعاد إلى رحم زوجته. وعلة اللجوء إلى هذا النمط استئصال مبيض الزوجة، أو تعطله بالكامل، مع سلامة رحمها وقابليته للحمل⁵.

- الأسلوب الرابع: وفيه يتم الجمع بين ماء مترعين أجنبيين، سواء كانا معروفين أم مجهولين، وتزرع نطفة الأمشاج الملقوحة في رحم الزوجة. ويلجأ إلى هذه الطريقة بسبب عقم الزوج، وتعطل مبيض الزوجة، مع قدرتها على الحمل والولادة¹.

1 - الجابري، أحمد: الجديد في الفتاوى، مرجع سابق، ص 50 و51.

2 - هناك صور أخرى للتلقيح الاصطناعي الخارجي تعاضينا عن ذكرها هنا لتشابهها مع بعض الصور المذكورة وتفاديا للتكرار.

3 - ابن سعيد، أحمد بن ناصر: دراسة شرعية لبعض النوازل الفقهية المعاصرة، مرجع سابق، ص 192. أبو زيد، بكر: فقه النوازل، مرجع سابق،

ج 1، ص 265. أبو عمر، سيد حبيب: التلقيح الاصطناعي، مرجع سابق، ص 12.

4 - أبو زيد، بكر: فقه النوازل، مرجع سابق، ج 1، ص 265.

5 - سلامة، زياد أحمد: أطفال الأنابيب، مرجع سابق، ص 58.

-**الأسلوب الخامس:** حيث يتم الإحصاب بين نطاف الزوج وبويضات الزوجة، ثم شتلها في رحم ظفر لامرأة أجنبية، تدعى الأم المستعارة أو الحاضنة. وقد يكون سبب لجوء الزوجين إلى هذا الخيار ضرورة ملجئة، كعجز في رحم الزوجة مع سلامة مبيضها، أو مجرد دافع الترفه؛ تجنباً لأعباء الحمل وكلف الوضع².

رابعاً: حكم التلقيح الاصطناعي

يعد التلقيح الاصطناعي من النوازل المهمة، التي تستوجب سرعة النظر الشرعي، ودقة الاجتهاد الفقهي في مضامينها، لخطر أثرها على أساسيات هذا الدين، ومقوماته المقصدية؛ من نسب وعرض ونسل. لذا وحفظاً لهذه الأصول، وجب إنزال الحكم الشرعي اللائق بها، وهذا ما نسعى إلى البحث فيه لدى أرباب الفقه المعاصر، ومشرعي القانون الجزائري.

1- مواقف الفقه الإسلامي من التلقيح الاصطناعي:

من الأجدى منهجياً في دراسة تنزيل الحكم الشرعي على المسألة التلقيح الاصطناعي، البحث فيها من أوجه ثلاث هي:

أ- حكم التلقيح بماء أجنبي:

لا خلاف بين فقهاء العصر في مسألة تحريم التلقيح الاصطناعي الحاصل من ماء أجنبي، سواء كانت صفة الأجنبية خالصة؛ بأن كانت النطاف والبويضات معا من متبرعين أجنبيين لتزرع في رحم الزوجة، أم كانت أحادية بأن كان أحد المائين زوجياً، والآخر أجنبياً. وسيان في ذلك أكان التلقيح داخلية أم خارجية، بل هو معتبر في حكم السفاح المحرم لذاته تحريم غاية، لا وسيلة قولاً واحداً³. فهو جريمة آثمة وخطيئة منكورة، تتقاطع مع آفة الزنا إطاراً وجوهراً ونتيجة؛ من خلال: "وضع ماء رجل أجنبي قصداً في حرث، ليس بينه وبين ذلك الرجل عقد ارتباط بزوجية شرعية يظلها القانون الطبيعي، والشريعة السماوية.

1 - أبو زيد، بكر: طرق الانجاب في الطب الحديث وحكمها الشرعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع 3، 1987، ج 1، ص 450.

2 - أبو زيد، بكر: طرق الانجاب في الطب الحديث وحكمها الشرعي، مرجع نفسه، ج 1، ص 450.

3 - القرضاوي، يوسف: الحلال والحرام في الإسلام، دار وهبة، مصر، ط 22، 1997م، ص 200. أبو زيد، بكر: فقه النوازل، مرجع سابق، ج 1، ص 269. الصادق الحسن، شادية: حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي، مجلة العلوم والبحوث الإسلامية، السودان، ع 2، فبراير 2011م، ص 16. القرار الثاني للمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بشأن التلقيح الاصطناعي: مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ع 10، ص 337. قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم (4) د 86/7/3 بشأن أطفال الانابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع 3، 1987، ج 1، ص 515.

ولولا قصور في صورة الجريمة لكان حكم التلقيح في تلك الحالة هو حكم الزنا الذي حرّمته الشرائع الإلهية ونزلت به كتب السماء¹.

كما أن في التلقيح -على هذا النحو- من اختلاط الأنساب والعصف بمفهوم الأمومة والأبوة، ما يجعله أنكر من فعل التبني المحرم شرعاً؛ لاشتماله على الادعاء الكاذب في النسب أولاً، واشتباؤه بجرم الزنا ثانياً. فضلاً عما فيه من دثر للمكانة الإنسانية السامية، وهبوط سافر إلى المستوى الحيواني الدنيء². إذ يشبه حال النساء اللواتي يلجئن إلى هذه التقنية الكثيرة العدد، بالأبقار التي تلحق من ماء ثور واحد، طلباً لجودة النسل، وحسنه، وسلامته من الأمراض والأسقام³. وهو في هذا أيضاً يلتقي مع صورة نكاح الاستبضاع المحرم الذي كان معروفاً في الجاهلية⁴.

فهذا الصنيع وما يتخلق منه حرام قطعاً، لانتفاء الحرث فعلاً أو اعتباراً⁵. وبذا صدر قرار المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة المنعقدة سنة 1404هـ⁶، وبه أيضاً أفتى مجمع الفقه الخاص بمنظمة المؤتمر الإسلامي في قراره الثاني من دورة مؤتمره الثالث المنعقد في 16 أكتوبر 1986م بعمان⁷، وعلى ذلك مدار الفتيا في دار الإفتاء المصرية⁸، وقطاع الإفتاء والبحوث الشرعية بالكويت⁹.

ب- حكم التلقيح بماء الزوجين:

- 1 - شلتوت، محمود: الفتاوى، مرجع سابق، ص 328. الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية، مرجع سابق، ج 09، ص 3220.
- 2 - القره داغي، علي محيي الدين والمحمدي، يوسف: فقه القضايا الطبية المعاصرة، مرجع سابق، ص 576. شلتوت، محمود: الفتاوى، مرجع سابق، ص 328. أبو زهرة، محمد: الفتاوى، مرجع سابق، ص 828. جمعة، علي: فتاوى البيت المسلم، دار الإمام الشاطبي، مصر، ط 01، 2009م، ص 374.
- 3 - أبو زيد، بكر: طرق الانجاب في الطب الحديث وحكمها الشرعي، مرجع سابق، ج 1، ص 457. ينظر: - الجابري، أحمد: الجديد في الفتاوى، مرجع سابق، ص 46. البار، محمد: القضايا الاخلاقية الناجمة عن النكاح في الانجاب، ضمن ثبوت موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، دار الثقافة، قطر، ط 7، 2002، ص 686.
- 4 - روى عمرو بن الزبير، أن عائشة رضي الله عنها، زوج النبي ﷺ أخبرته: «أن النكاح في الجاهلية كان على أربعة أنحاء: فنكاح منها نكاح الناس اليوم: يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو ابنته، فيصدقها ثم ينكحها، ونكاح آخر: كان الرجل يقول لامرأته إذا ظهرت من طمثها: أرسلني إلى فلان فاستبضعي منه، ويعتزلها زوجها ولا يمسها أبداً، حتى يتبين حملها من ذلك الرجل الذي تستبضع منه، فإذا تبين حملها أصابها زوجها إذا أحب، وإنما يفعل ذلك رغبة في نجابة الولد، فكان هذا النكاح نكاح الاستبضاع». البخاري، الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب النكاح، لا نكاح إلا بولي، ج 7، ص 15.
- 5 - جاد الحق، علي جاد الحق: الفتاوى الإسلامية، دار الفاروق للنشر، مصر، ط 1، 2005، ج 2، ص 144 و 145.
- 6 - قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، مرجع سابق، ص 167.
- 7 - ينظر القرار رقم 4 د 86/7/3 لمجمع الفقه الإسلامي بمجدة، بشأن التلقيح الاصطناعي: مجلة المجمع الفقه الإسلامي، ع 03، 1987، ج 1، ص 516.
- 8 - الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية، مرجع سابق، ج 20، ص 7766.
- 9 - مجموعة الفتاوى الشرعية، مرجع سابق، ج 18، ص 514.

قبل الخوض في حكم مسألة التلقيح الاصطناعي للزوجة من زوجها، ينبغي التفريق بين حالتين اثنتين هما: حالة قيام الزوجية، وحالة انفصالها بوفاة أو طلاق:

- حالة قيام الزوجية:

تباينت أنظار العلماء في مسألة التلقيح الاصطناعي بالماء الزوجي الصرف، حالة قيام الزوجية بعقد صحيح يجل دوام العشرة بينهما، على أقوال خمسة هي:

* القول الأول: تحريم التلقيح الاصطناعي

وإلى هذا الرأي نحا أحمد الحجي، ورجب بيوض التميمي، ومحمد إبراهيم شقرة، وبعض الفقهاء المعاصرون في رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء بالسعودية¹؛ إذ يرى أصحابه عدم حل هذه التقنية لأدلة عديدة أهمها:

- القاعدة الفقهية القائلة " الأصل في الأبضاع التحريم حتى يقوم الدليل على الحل"؛ ومؤداها أن الأصل في اتصال الرجل بالمرأة الحظر، والحل استثناء خاضع لضوابط الشرع، وأوضاعه المشروعة، وإلا كان محرماً². ولما كان للإخصاب الاصطناعي علائق قوية بتوابع الزواج والطلاق؛ من نسب ونفقة وميراث... وتعدر إيجاد دليل تحليله في كتاب أو سنة، كان داخلاً في هذا الأصل التحريمي، حتى يرد الدليل بالإباحة وهو معدوم³.

- أن المقصد الأساس من التزاوج هو تحقيق السكن والأنس النفسي، من خلال إشباع الحس العاطفي والرغبة الجنسية لدى الزوجين، عبر مكان الحرث وهو الجماع، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا﴾⁴. أما الإنجاب فهو غاية تابعة لهذا المقصد، ولا تتحقق إلا بوسيلته المتمثلة في الاتصال الجنسي، ولما كان هدف التلقيح تحقيق الغاية التابعة، دون المقصد المتبوع كان قاصراً عن بلوغ الحليلة⁵.

- أن في التلقيح الاصطناعي امتهاناً للكرامة الإنسانية، ومساساً بالعزة التي امتن الله بها على خلقه، في قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْوَجْدِ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ

1 - الحجي، أحمد: حكم الإسلام في التلقيح، مجلة الوعي الإسلامي، الكويت، ع 83، ذي القعدة 1398هـ، ص 71 وما بعدها. ابن باز، عبد العزيز وآخرون: الفتاوى الشرعية في المسائل العصرية من فتاوى علماء البلد الحرام، مؤسسة الحرمين للتوزيع، السعودية، ط 1، 1999م، ج 18، ص 449. شقرة، محمد إبراهيم: تنوير الأفهام إلى بعض مفاهيم الإسلام، مكتبة التوعية الإسلامية، مصر، ط 2، 1988م، ص 97 وما بعدها.

2 - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص 58.

3 - الحجي، أحمد: حكم الإسلام في التلقيح، مرجع سابق، ص 71 و 72.

4 [سورة الأعراف: الآية 189]

5 - أبو عمر، سيد حبيب: التلقيح الاصطناعي، مرجع سابق، ص 13 و 14.

مَمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا ﴿٧٧﴾¹، ولذلك حرم الشرع العلاقات الآثمة خارج إطار الزواج؛ لما فيها من امتهان واستهتار بالولد الناجم عن لقيحة غير محترمة². فأى كرامة تبقى "لذلك الطفل الذي يصنع في أنبوبة اختبار، وينمى فيها كما ينمى فراخ الدجاج تماما دون ما فارق بينهما"³... بل أي مكانة "لهذا الإنسان الذي زج به رحم أمه بواسطة المحقن، كما يزج أي دواء أو علاج آخر..."⁴.

- الأخذ بطريق التلقيح الاصطناعي يوجب كشف العورة المغلظة للأجانب، والإنجاب ليس ضرورة تبيح هذا التبذل والتعري⁵.

- سدا للذريعة، لعديد المحاذير والمخاطر التي تنجم عن هذه الآلية الطبية، وعلى صعد شتى، أهمها:

- عدم أمن اختلاط الأنساب بسبب خطأ في العينات⁶.
- استعمال هذه التقنية على نحو واسع تؤدي للإضرار بمقصد العرض، ويورث كثرة الشكوك، والظن واللمز في شرف أصحابها، تصريحاً أو تعريضاً. لينشأ بذلك "جنس موهوم النسب، مقذوف العرض، وهذا ما ياباه دين الله وشرعه"⁷.
- مع ضعف الذمم، وانحدار القيم، يمكن أن يكون الإخصاب الصناعي محل متاجرة ممن لا خلاق لهم من أهل الطب؛ عن طريق إيهام العقيم بإمكانية الإنجاب التي يستخدم فيها ماء أجنبي، بدلا من مني الزوج المصاب دون علمه⁸.
- استخدام الإخصاب الصناعي فيه مخاطرة صحية بالمرأة. ويمكن أن تؤدي إلى الهلاك، بسبب انخفاض نسبة نجاحه، مم يضطر الأطباء إلى مضاعفة عدد اللقاحات المزروعة في كل مرة، فينجم عن ذلك حمل متعدد، يهدد حياة الحامل والأجنة معا⁹. وإذا قدر لهما أن يسلموا، فإن نسبة الإصابة بالتشوهات الخلقية، تتضاعف بسبب البيئة غير الطبيعية التي تكون فيها هذه العينات، فضلا عن تعرضها للمركبات الكيميائية، وطول مدد الحفظ والتبريد¹⁰.

¹ [سورة الإسراء: الآية 70]

² - الحججي، أحمد: حكم الإسلام في التلقيح، مرجع سابق، ص 73 و74.

³ - الحججي، أحمد: حكم الإسلام في التلقيح، مرجع نفسه، ص 73 و74.

⁴ - الحججي، أحمد: حكم الإسلام في التلقيح، مرجع نفسه، ص 73 و74.

⁵ - أبو زيد، بكر: فقه النوازل، مرجع سابق، ج 1، ص 275.

⁶ - البار، محمد: القضايا الاخلاقية الناجمة عن التحكم في الانجاب، مرجع سابق، ص 684.

⁷ - أبو زيد، بكر: فقه النوازل، مرجع سابق، ج 1، ص 272.

⁸ - القره داغي، علي محيي الدين والمحمدي، يوسف: فقه القضايا الطبية المعاصرة، مرجع سابق، ص 580. البقصي، ناهدة: الهندسة الوراثية

والأخلاق، عالم المعرفة، الكويت، ط 1، 1993، ص 137. أبو زيد، بكر: فقه النوازل، مرجع سابق، ج 1، ص 272.

⁹ - البار، محمد: القضايا الاخلاقية الناجمة عن التحكم في الانجاب، مرجع سابق، ص 684.

¹⁰ - السباعي، زهير والبار، محمد: الطيب أدبه وفقهه، مرجع سابق، ص 344 و350. أبو زيد، بكر: فقه النوازل، مرجع سابق، ج 1، ص 275.

- زيادة نسبة احتمال الإصابة بالأمراض المعدية، سيما الفتاكة منها كالإيدز، والسيلان، والهريس، و...¹

- ما هو مصير الأجنة الفائضة التي تزيد عن حاجة الأطباء؟ هل تسعف بها امرأة أخرى عقيم، أم تستعمل في الأبحاث العلمية؟ أم تقتل بعد أن سرت فيها الحياة؟؟²

* القول الثاني: جواز التلقيح الاصطناعي

وهو قول أكثر المعاصرين من العلماء³، عليه استقر رأي المجمع الفقهي الإسلامي بمكة⁴، وإليه ركن قرار مجمع الفقه بجدة⁵، وهو المفتي به في إدارة الإفتاء بالكويت⁶، والدار المصرية للإفتاء⁷، وبه أخذت اللجنة الطبية الفقهية الدائمة في الأردن⁸. بيد أنهم أناطوا هذا الجواز بحملة من الضوابط لا بد من توافرها، نجمل أهمها فيما يلي:⁹

- أن تكون الزوجية قائمة في الحال، ومبنى قيامها العقد الشرعي المستكمل الشروط والأركان.
- أن يكون الداعي إلى التلقيح حاجة ملحة، أو ضرورة قصوى؛ بأن يتعذر الحمل غيرها من الطرق الاستشفائية المعروفة لمرض، أو علة مستحكمة.
- أن تراعى في كشف العورة أحكامها الشرعية؛ بحيث تقتصر على قدر الضرورة، وأن يكون المشرف الطبي امرأة مسلمة ما أمكن، وإلا فامرأة غير مسلمة، والا فطبيب مسلم، والا فغير مسلم من الموثوقين سيرة وسريرة.
- أن يتم التلقيح برضا الزوجين التام.

1 - البار، محمد: القضايا الاخلاقية الناجمة عن التحكم في الانجاب، مرجع سابق، ص 686.

2 - البار، محمد: القضايا الاخلاقية الناجمة عن التحكم في الانجاب، مرجع نفسه، ص 684.

3- ممن أخذ بالجواز المشروط: الشيخ محمود شلتوت ومصطفى أحمد الزرقا، وجاد الحق علي جاد الحق، وعبد الكريم زيدان، ووهبة الزحيلي، ونصر فريد واصل. شلتوت، محمود: الفتاوى، مرجع سابق، ص 328. واصل، نصر فريد: فتاوى المرأة، دار مايو، مصر، د.ط، د.ت، ص 69.

4 - قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، مرجع سابق، ص 166 و167.

5 - مجلة المجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ع 03، 1987، ج 1، ص 516.

6 - مجموعة الفتاوى الشرعية، مرجع سابق، ج 18، ص 514.

7 - الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية، مرجع سابق، ج 20، ص 7766.

8 - الجيزاني، محمد بن الحسن: فقه النوازل، مرجع سابق، ص 85.

9 - فيض الله، فوزي: التلقيح الاصطناعي، مجلة الوعي الإسلامي، الكويت، ع 259، رجب 1406هـ، ص 37. البقصي، ناهد: الهندسة الوراثية والأخلاق، مرجع سابق، ص 138. جاد الحق، علي جاد الحق: الفتاوى الإسلامية، مرجع سابق، ج 2، ص 145. الجيزاني، محمد بن الحسن: فقه النوازل، مرجع سابق، ص 86 و87. أبو عمر، سيد حبيب: التلقيح الاصطناعي، مرجع سابق، ص 14. إقروفة، زبيدة: الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، مرجع سابق، ص 119. واصل، نصر فريد: فتاوى المرأة، مرجع سابق، ص 69 و70.

- أن تتوافر للعملية ضمانات عدم اختلاط العينات، بإشراف مؤسسة رسمية غير ربحية، وبحضور الزوج لمنع الخلوة، وزيادة في الثبوت من دقة النتائج.

واستدلوا لهذا الرأي بالحجج التالية:

- اشتراك التلقيح الاصطناعي مع التلقيح الطبيعي في الغاية؛ كون كل منهما يهدف إلى تحقيق مقصد حفظ النسل من وجهه الشرعي المتمثل في الزواج. ولما تعذر الاتصال الطبيعي، عدل عنه إلى هذه التقنية، للحفاظ على هذا المقصد الأصيل في الدين " النسل " ¹، من خلال الحصول على ولد شرعي، ينسأ لوالديه به ذكرهما، وتمتد به حياتهما، وتكتمل به سعادتهما، ويغمر بيتهما دوام العشرة، والمودة والسكينة ².

- العقم علة يجوز التداوي منها، إشباعاً لغريزتي الأبوة والأمومة، وحفظاً للنسل البشري. فإذا تعين ذلك بالإخصاب الاصطناعي، كان التلقيح داخلاً ضمن حيز التداوي المشروع ³.

وردوا على معارضيتهم بأن:

- أن مؤدى القاعدة الفقهية تحريم الفروج حتى يرد التحليل فيما إذا كان الماء غير زوجي، أما وإنه من زوج يربطه بزوجه عقد صحيح، فإنه مباح لا ضير فيه ⁴.

- ليس مسلماً بأن المقصد الأصيل من التزاوج هو إشباع الرغبة الجنسية، بل إن أولى غاياته، وكبرى مقاصده هو حفظ النسل، فضلاً عن أن السكن النفسي ليس منوطاً دائماً بالاتصال الجنسي؛ فقد تحصل بما دون ذلك من العوامل، والتي منها التلقيح الاصطناعي، الذي يورث الزوجين سعادة غامرة، واطمئناناً جامعاً على مستقبل حياتهما الزوجية، ويوطد وشائج المودة بينهما، باستقبالهما ولداً طالما تطلعا لإنجابه ⁵.

- امتهان الثمرة الناجمة عن التلقيح الاصطناعي من زواج شرعي حكم لا دليل عليه، فضلاً عن أن تشبيهها بالثمرة الناجمة عن العلاقة الآثمة هو قياس مع الفارق؛ لأن الأولى يثبت لها النسب وتوابعه من نفقة وميراث... بخلاف الثانية، مع عدم التسليم بالقول بامتهان ابن الزنا، لأنه نفس بشرية كريمة، ولا يد لها ولا ذنب في الصورة التي وجدت بها ⁶.

1 - منصور، محمد خالد: الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء، دار النفائس، الأردن، ط 2، 1999م، ص 85. ابن سعيد، أحمد بن ناصر: دراسة شرعية لبعض النوازل الفقهية المعاصرة، مرجع سابق، ص 194. أبو عمر، سيد حبيب: التلقيح الاصطناعي، مرجع سابق، ص 13.

2 - القره داغي، علي محي الدين والمحمدي، يوسف: فقه القضايا الطبية المعاصرة، مرجع سابق، ص 579.

3 - جاد الحق، علي جاد الحق: الفتاوى الإسلامية، مرجع سابق، ج 2، ص 146. إقروفة، زبيدة: الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، مرجع سابق، ص 100.

4 - أبو عمر، سيد حبيب: التلقيح الاصطناعي، مرجع سابق، ص 14.

5 - منصور، محمد خالد: الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء، مرجع سابق، ص 86.

6 - أبو عمر، سيد حبيب: التلقيح الاصطناعي، مرجع سابق، ص 14. منصور، محمد خالد: الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء، مرجع سابق، ص 87.

- كشف العورة في الإحصاب الاصطناعي ليس تبذلاً ولا تعراً، لأن فقهاء المذاهب نصوا على أن مداواة المرأة في مكان العورة يميز كشفها بقدر الحاجة¹، فتعين الاحتكام إلى ضوابط هذه الضرورة، واعتبار ذلك جائزاً، إن لم يكن واجباً في بعض الصور والحالات، كما هو الحال مع العقم².

* القول بأنه من مواطن الضرورات

والتي تقدر بقدرها، فلا يفتي فيه أهل العلم إلا بما يتواءم وحالة كل متبلى على حدى، في غير ما تعميم. وإلى هذا الرأي مال بكر أبو زيد³.

* القول بالجواز في الداخلي دون الخارجي: 4

* القول بالتوقف:

وهو ما ركن إليه ابن باز في مجموع فتاويه⁵.

- الترجيح: والذي يترجح في هذه المسألة، هو قول جمهرة الفقهاء المعاصرين من جواز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بين الزوجين وفق الضوابط والشرائط المنصوصة، لقوة دليلهم، ورجاحة حججهم على أدلة وحجج باقي الأقوال، مع عدم تنافيه مع مقاطع أصول هذا الدين، ومقاصده. بل إن المتفرس في قول الفقهاء قديماً، يجد ما يشهد لهذا الرأي بالاعتبار، بما يشبه عملية التلقيح الحالية، أو ما اصطلاح عليه بالاستدخال. وقد ورد في المنتقى عن أبي حنيفة: "وإذا عالج الرجل جاريته فيما دون الفرج وأنزل، فأخذت الجارية ماءه في شيء، واستدخلته فرجها في جريان ذلك فعلقته الجارية، وولدت ولداً، فإن الولد ولد الرجل، والجارية تصير أم ولده"⁶. وجاء عن الخرخشي في شرحه لمختصر خليل المالكي: "إذا التقطت منيه في نحو حمام، ووضعتة في فرجها، ثم حملت منه، فيصدق على ذلك أنها خلقت من مائه، حيث علم ذلك"⁷.

1 - الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج 05، ص 124. ابن الحاج، محمد: المدخل، مرجع سابق، ج 4، ص 101. الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، 1994م، ج 09، ص 35. ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه أحمد ابن حنبل، مرجع سابق، ج 3، ص 05.

2 - أجاز الفقهاء النظر إلى العورة فيما يعد مكرومة كختان النساء، فكيف بالعقم! راجع: السرخسي، كتاب المبسوط، مرجع سابق، ج 10، ص 156. القيرواني، أبو زيد: الرسالة، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 2006م، ص 156. النووي، المجموع شرح المهذب، المرجع السابق، ج 1، ص 300. ابن قدامة المقدسي، المعنى، مرجع سابق، ج 1، ص 64. الفالغ، مساعد: أحكام العورة والنظر، مكتبة المعارف، السعودية، ط 1، 1993م، ص 344 وما بعدها.

3 - أبو زيد، بكر: فقه النوازل، مرجع سابق، ج 1، ص 276.

4 - ابن سعيد، أحمد بن ناصر: دراسة شرعية لبعض النوازل الفقهية المعاصرة، مرجع سابق، ص 194. أبو عمر، سيد حبيب: التلقيح الاصطناعي، مرجع سابق، ص 14.

5 - ابن باز: مجموع فتاوى ومقالات متنوعة، دار القاسم للنشر، السعودية، ط 1، 2004م، ج 21، ص 192 و 194.

6 - ابن مازة، برهان الدين: المحيط البرهاني في الفقه، مرجع سابق، ج 09، ص 271.

7 - الخرخشي: شرح مختصر خليل، دار الفكر، لبنان، د. ط، د. ت، ج 03، ص 207.

وفي الحاوي الكبير - عن الشافعية - : "إذا استدخلت الماء، لزمتها العدة"¹. وقال أبو حامد في الوسيط: "واستدخلها ماء الزوج في معنى الوطأ، لأنه يتوقع منه الولد..² وعند الحنابلة عن ابن مفلح: "إذا حملت ماء زوجها لحقه نسب من ولدته منه، وفي العدة والمهر وجهان"³.

ب- حال انفصام الزوجية:

قد يحصل أن يباشر الزوجان عملية التلقيح بينهما، فتتنشط البويضات والحيامن من الزوجين، غير أن الأجل يوافي الزوج، أو يحصل بينهما طلاق قبل إتمام عملية التلقيح. فهل يحق للزوجة العقيم إكمال هذا الإخصاب لإنجاب الولد؟⁴

الاتفاق حاصل بين الفقهاء على حرمة هذا الإخصاب إذا تم بعد انتهاء عدة الوفاة، أو الفرقة لانتهاء الزوجية بينهما قطعاً، غير أن الاختلاف واقع أثناء فترة العدة، على رأيين:

*الرأي المجيز:

يرى حلية هذا التلقيح إذا توافرت له شروطه وهي:⁵

- ثبوت رغبة الزوج قبل وفاته، ورضاه التام بذلك.

- القيام بعملية الإخصاب أثناء فترة عدة الزوجة.

- الإنجاب خلال أقصى مدة الحمل.

واستحسن زياد أحمد سلامة أن يتم الإشهاد على عمليتي الإيداع والسحب للسائل المنوي من بنوك تخزينها، صونا لعرض المرأة من تهمة الزنا⁶.

والى هذا الرأي ركن كل من عبد العزيز الخياط وزياد أحمد سلامة⁷.

وأقاموا رأيهم على حجة الاستهداء بنقول الفقهاء المتعلقة بثبوت نسب الولد الناتج عن حمل المرأة المعتدة من وفاة زوجها، أو كانت أتت به لأقل من ستة أشهر ويشهد بولادتها ورجلان، أو رجل وامرأتان

1 - الماوردى، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج 02، ص 253.

2 - الغزالي، الوسيط، مرجع سابق، ج 5، ص 364.

3 - ابن مفلح، المبدع، مرجع سابق، ج 7، ص 64.

4 - أخذت هذه المسألة صوراً عديدة، وذاعت أكثر وشاعت، مع انتشار بنوك النطاف والأجنة المجمدة، وجذر أصلها يرجع إلى واقعة حصلت لسيدة فرنسية تدعى "كورين بريلي" "Corine Parpalaix"، والتي رفعت دعوى قضائية ضد بنك الحيوانات المنوية، الذي يحتفظ بالسائل المنوي لزوجها المتوفى من مرض السرطان، وقد حكم لصالحها القضاء، رغم أن البنك تشبث بأن ما تطالب به جزء من جسد الميت، وليس تركة يمكن أن ترثها. راجع: البقصي، ناهدة: الهندسة الوراثية والأخلاق، مرجع سابق، ص 141.

5 - سلامة، زياد أحمد: أطفال الأنابيب، مرجع سابق، ص 82. إقروفة، زبيدة: الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، مرجع سابق، ص 127.

6 - سلامة، زياد أحمد: أطفال الأنابيب، مرجع سابق، ص 82.

7 - سلامة، زياد أحمد: أطفال الأنابيب، مرجع نفسه، ص 82.

على رأي أبي حنيفة، أو امرأة واحدة على رأي صاحبيه¹، فإن الولد يثبت نسبه لأن الفراش قائم بقيام العدة، ولأن النسب ثابت قبل الولادة، وثابت أن النطفة منه، وإنما من غير المستحسن في هذه الحالة أن تلجأ المرأة إلى الإنجاب بهذه الطريقة. وردوا على معارضيتهم: بأن أمر انتهاء الحياة الزوجية بالوفاة أمر خلافي، وليس محل اتفاق، وإجازة المذاهب الأربعة للمرأة تغسيل زوجها بعد الوفاة² دليل على بقاء الزوجية بينهما وعدم ارتفاعها، بل إن جمهور الفقهاء يرون جواز ذلك للزوج على زوجته المتوفية³. ولو كانت الزوجية منقطعة، بينهما لما جاز له لمسها وتغسيلها. وقد صرح الحنفية ببقاء رابطة الزوجية مدة بقاء العدة، ولو سبق الوفاة طلاق رجعي، لأنه لا يزال ملك النكاح فيبقى الأمر على أصله⁴.

وقد رد على ذلك بأن هذا التخريج مردود، ولاغ كون العدة مجرد تريض زماني لاستبراء الرحم من ولد محتمل قبل الفرقة أو الوفاة. وما من مسوغ شرعي واحد يسمح للمعتدة الحمل من متوفاها أو مطلقها، لارتفاع الزوجية وانقضائها. فضلا عن أن هذا التصرف الانفرادي، يحمل في معانيه اعتداء صارخا على حقوق الولد المتخلق من هكذا تلقيح، والذي سينشأ - لا محالة - يتيما ومحروما من عطف الأب صاحب الماء⁵.

*الرأي المانع:

إذ يرى حرمة مثل هذا اللون من الإخصاب، وبه قال الأكثرية من أهل العلم المعاصرين كمصطفى الزرقا، وبكر أبو زيد، وهو رأي اللجنة الطبية الدائمة بالأردن، وعليه مدار الفتوى في إدارة الإفتاء بالكويت⁶.

ودليلهم في ذلك انتهاء الحياة الزوجية لحظة الوفاة أو الفرقة، فيقع التلقيح -عندها- بماء غير محترم، من شخص أجنبي عن المرأة، ويكون حكمه بالتالي الحظر والمنع، لارتفاع الزوجية.

1 - السرخسي، كتاب المسوط، مرجع سابق، ج 6، ص 46. المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، مرجع سابق، ج 2، ص 281.
 2 - الزيلي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق مرجع سابق، ج 1، ص 235. خليل بن إسحاق، مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، د.ط، 1994، ص 49. الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج 1، ص 238. أبو داود السجستاني، مسائل الإمام أحمد، مكتبة ابن تيمية، مصر، ط 1، 1999، ص 212.
 3 - ابن أنس، مالك، المدونة الكبرى - مرجع سابق، ج 1، ص 260. الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج 1، ص 313. ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه أحمد ابن حنبل، مرجع سابق، ج 1، ص 353.
 4 - الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج 1، ص 304 و305.
 5 - إقروفة، زبيدة: الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، مرجع سابق، ص 128.
 6 - منصور، محمد خالد: الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء، مرجع سابق، ص 110. سلامة، زياد أحمد: أطفال الأنابيب، مرجع سابق، ص 81. أبو عمر، سيد حبيب: التلقيح الاصطناعي، مرجع سابق، ص 14. أبو زيد، بكر: فقه النوازل، مرجع سابق، ج 1، ص 269. مجموعة الفتاوى الشرعية، مرجع سابق، ج 17، ص 437.

الترجيح: والرأي الأصوب والراجح في هذه المسألة -بحسب فقه المآلات - هو القائل بالمنع، لأن الأصل في الأبضاع الحرمه، فيحتاط فيها، ونظرا لحجم المشاكل التي تنتجم عن إباحة هذه العملية؛ كمطالبة أكثر من طرف بالسائل المنوي المخزن بالبنك فهل يعد ذلك من التركة؟ وكيف تتم قسمته، وهو ليس من الحقوق المالية المنقولة؟ وهل للمولود الحق في التركة؟ وهل يتوقف أمر إتمام الإخصاب على قبول الورثة نظرا لتضرر مركزهم المالي؟¹

خامسا: موقف المشرع الجزائري من التلقيح الاصطناعي

يعد الإخصاب الصناعي ثاني أهم المسائل الطبية المستجدة، التي استحدثت تقنيها المشرع الجزائري في تعديله الأخير لقانون الأسرة بالأمر 02/05². حيث خصها بنص واحد ووحيد هو المادة 45 مكرر، والتي نصت على جواز اللجوء إلى هذه التقنية بين الزوجين، إذ جاء فيها: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي". سواء كان داخليا أم خارجيا مادام النص على العموم. وربط المشرع هذا الجواز بجملة من الضوابط والشرائط التي يجب توافرها، والتي منها:

1- أن يكون الزواج شرعيا:

بمعنى أن يكون الرباط الزوجي مؤسسا على عقد مستجمع الأركان، ومستوفي الشروط، وفق نصوص قانون الأسرة؛ لاسيما المادتين 09 و09 مكرر³. وهذا الشرط يطرح إشكالا بشأن الإخصاب القائم على نكاح فاسد أو شبهة؟

إن إمعان النظر في شرط "الشرعية" -للهولة الأولى- يجعلنا نعتقد أن الحمل الناتج عن هذا الإخصاب فاقد الأحقية في النسب، لعدم توافر الرابطة الزوجية القانونية، التي يتأسس عليها هذا الإلحاق. غير أنه وبالرجوع إلى نص المادتين 34 و40 من القانون الأسرة، نجد أنها تثبت النسب في الأولى لكل زواج بإحدى المحرمات قبل الدخول وبعده، بينما تقصر إثباته في الثانية (40) على كل زيجة تم فسخها بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34⁴، فضلا عن نكاح الشبهة، دون تحديد لكون الولد ناتج عن حمل طبيعي أو اصطناعي.

1 - إقروفة، زبيدة: الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، مرجع سابق، ص 130.

2 - رغم أن تقنين التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة يجعل التشريع الجزائري ضمن الدول العربية السبابة في هذا الميدان، بيد أن تأخر المشرع أو اغفاله ضبط قواعد هذه التقنية تشريعيا إلى سنة 2005 غير مبرر ولا مفهوم.

3 - بلحاج، العربي: مسؤولية الطبيب عن خطئه في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الإمام، السعودية، ع 26، ربيع الآخر 1420هـ، ص 164.

4 - وقع المشرع الجزائري في خلط كبير بإحالاته التي أوردها في المادة 40 على المواد 32 و33 و34 من قانون الأسرة؛ إذ أن مراجعة حافظة لأحكام هذه المواد تؤكد أن المادة 34 وحدها المعنية بهذه الإحالة، لأنها وحدها التي تنص على الفسخ بعد الدخول لمانع من موانع الزواج، بينما تعالج المادة 32

ونخلص منه إلى أن النسب ثابت بهذه الآلية في نكاح الشبهة، ونكاح المحرمات قبل الدخول وبعده، أما الزواج الفاسد، فلا يثبت به النسب إلا بعد الدخول، كما هو نص المادة 40 أسرة، لثبوت العقد وتصحيحه عندها بمهر المثل بنص الفقرة الثانية من المادة 33، أما النكاح الباطل فلا يثبت به النسب أصلاً، لا من حمل طبيعي ولا صناعي¹.

وإذا أنكر الزوج نسب الولد الناتج عن التلقيح الاصطناعي، فإن للقاضي أن يرجع إلى الطرق العلمية لإثبات النسب؛ بما فيها البصمة الوراثية، طبقاً لنص الفقرة الأخيرة من المادة 40.

2- أن يكون التلقيح برضا الزوجين:

الأصل في كل عمليات التطبيب العلاجي أن تكون رضائية أو بموافقة من يخولهم القانون لذلك في حال كان المعالج قاصراً، أو كان في حال لا تسمح له بالتعبير عن رضاه تعبيراً واعياً وكاملاً²، كما هو نص المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها³، بل ولا بد أن تكون هذه الموافقة حرة ومتبصرة، كما هو مضمون المادة 44 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب. وعليه فمن البديهي أن تخضع عملية الإخصاب الصناعي -هي الأخرى- لهذا الشرط، الذي أكدته المادة 45 مكرر أسرة، لدخولها ضمن دائرة العلاج الطبي من مرض العقم.

فيشترط للزوجين -قبل مباشرة عملية التلقيح- إبداء رضاهما الصريح والمتبصر بشأن الإنجاب الذي يشتركان في حق البت فيه إقداماً أو عزوفاً⁴. ولأن الإنجاب -في تكييف كثير من الفقهاء- هو مجرد رغبة أو رخصة لا يملك به أحد الطرفين حق إجبار الآخر على القيام به⁵. وإذا اعترض إتمام العملية رفض من أحد الزوجين، فإن للزوج الآخر الحق في طلب فك العصمة الزوجية من القضاء طلاقاً أو تطليقاً -بحسب

والفقرة الأولى من المادة 33 أحكام الزواج الباطل، أما الفقرة الأخيرة من ذات المادة فتطرقت إلى الزواج المفسوخ قبل الدخول، إذا تم بدون شهود أو صدق أو ولي واجب، ولا أثر للمفسوخ بعده، الذي رتب له الثبات والصحة. ينظر: سعد، عبد العزيز: قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 102.

1 - بلحاج، العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، وفق آخر التعديلات، مرجع سابق، ج1، ص 408. سعد، عبد العزيز: قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 103.

2 - الخميس، عبد الله بن عبد الواحد: مسؤولية الطبيب عن خطئه في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الإمام، السعودية، ع 26، ربيع الآخر 1420هـ، ص 164. منصور، محمد حسين: المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة، مصر، د.ط، د.ت، ص 110.

3 - تنص المادة 154 من قانون حماية الصحة على: "يقدم العلاج بموافقة المريض، أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك، يقدم الطبيب العلاج الطبي تحت مسؤوليته الخاصة إذا تطلب الأمر علاجاً مستعجلاً لإنقاذ حياة أحد القصر، أو أحد الأشخاص العاجزين عن التمييز، أو الذين يستحيل عليهم التعبير عن إرادتهم، ويتعذر الحصول على الرضا الأشخاص المخولين، أو موافقتهم في الوقت المناسب"

4 - إقروفة، زبيدة: الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، مرجع سابق، ص 170. الصالحي، شوقي زكريا: الجرائم المتصورة بالنسبة لعملية التلقيح الصناعي، دار العلم والإيمان للنشر، مصر، د.ط، 2009م، ص 115.

5 - محمود، أحمد طه: الإنجاب بين التجريم والمشروعية، دار الكتب، مصر، د.ط، 2000م، ص 120 و 121.

الحال- كما هو نص المادتين 48 و 53 أسرة. فالعقم عيب معتبر شرعا وقانونا، ولذلك جاز للزوج إن كان العقم بزوجه أن يطلقها، أو يستبقها في عصمته ويعدد عليها، لأن عدم الإنجاب مبرر شرعي للتعدد بنص المادة 8 أسرة. أما إن كان العقم ملما بالزوج فإن للزوجة طلب التطلق من القاضي، كما هو مضمون المادة 53 في فقرتيها 2 و 10، لحيلولته دون تحقيق هدف ومقصود الزواج أولا، ولتضررها من عدم الإنجاب ثانيا.

ولا يقضى لها بطلبها إلا بعد منح الزوج سنة كاملة كأجل للعلاج من هذا العيب عبر الأدوية وتقنيات الإخصاب الصناعية، فإذا انتهى الأجل المضروب له دون نتيجة، حكم لها بالتطلق¹.

لكن ماذا لو قام الطبيب بالتلقيح بماء الزوجين دون استيفاء شرط الرضا التام من الطرفين المعنيين أو أحدهما بطريق الإغفال أو التحايل أو القسر؟ فهنا تتأسس المسؤولية كاملة على عاتق هذا الطبيب لإخلاله بأهم التزامات العمل الطبي ومخالفته لأصول الأداء المهني، وخيانتته لآداب الفعل العلاجي الذي يؤطره قانون الصحة ومدونة أخلاقيات المهنة، واللذان يفترضان لإباحة العمل الطبي الحصول على رضا مستتير وواع، لا يشوبه عيب من المريض -محل التشخيص والتطبيب-؛ مما يعرض الطبيب -في الصورة المخالفة- للمساءلة القانونية والإحالة على السلطة التأديبية لفرعه النظامي.

وللزوجة -إذا ما تم التلقيح دون علمها أو رضاها- أن تسأل الطبيب جنائيا عن جرم هتك العرض بالقوة، وعن جريمة الفعل الفاضح العلني²، إذا ما تم التخصيب بمعية الغير؛ سواء كانوا أطباء أم معاونين، وفي كل الأحوال لا يجوز لأحد من الزوجين المطالبة بإجهاض الجنين الناتج عن عملية الإخصاب ما دام متخلقا من مائهما³. وللزوج إن كانت الواقعة غير المشروعة قد تمت دون رضاه أن يتابع الطبيب بالتعويض⁴.

3- أن يكون التلقيح أثناء حياة الزوجين:

- 1 - قرار المحكمة العليا رقم 213517، الصادر بتاريخ 16-02-1999، المجلة القضائية، 2001، ع 2، ص 119.
- 2 - بوزيان، عبد الباقي: حدود المسؤولية الجزائية بالنسبة لعملية التلقيح الاصطناعي وأثرها على الرابطة الأسرية، مجلة دراسات وأبحاث بجامعة الجلفة، الجزائر، ع 21، ديسمبر 2015م، ص 359.
- 3 - لا يمكن تكيف أفعال هذه الواقعة على أنها جريمة اغتصاب أو زنا، لغياب الركن المادي المتمثل في الوقاع، وإن كان يميل بعض الفقه إلى إعطائها هذه الصفة، ينظر: الصالحي، شوقي زكريا: الجرائم المتصورة بالنسبة لعملية التلقيح الصناعي، مرجع سابق، ص 51.
- 4 - محمود، أحمد طه: الانجاب بين التجريم والمشروعية، مرجع سابق، ص 131. عبد السلام، سعيد سعد: فكرة العقود المدنية الناشئة عن الإنجاب الصناعي، دار الكتب، مصر، د.ط، 2000م، ص 120 و 121.

حسم المشرع الجزائري رأيه من مسألة الإخصاب بعد الطلاق أو الوفاة، وأخذ بالمنهج الأحوط الذي عليه جمهور فقهاء العصر، والقائل بمنع وتحريم هذا التلقيح الذي يؤدي إلى مفاسد جمّة¹. ومنه فليس للزوجة أن تطالب بشتل جنين من ماء زوجها بعد موته، ولو تم ذلك برضاه القبلي؛ سيان في ذلك أكان التخصيب في العدة أم بعدها. غير أن صياغة هذا الشرط على هذا النحو تعوزها الدقة؛ ذلك أنه من غير الممكن تصور الانفصال الزماني بين شرط شرعية الزواج وبين تحقق حياتهما، فقد يتم التلقيح أثناء عدة الفرقة من زواج صحيح، فهل يتم نسبة الصحة إلى هذا الإخصاب وما ينجم عنه من آثار؟ لا ريب أن المشرع أراد لعملية التلقيح الاصطناعي أن تصادف قيام شرعية الزواج مع تحقق حياة الزوجين، لتجنب الوقوع في عدة الفرقة أو الوفاة، لكن الصياغة التشريعية لهذين الشرطين لم تحقق هذا المرغوب، وهو ما يستوجب إعادة النظر فيها.

4- أن يتم التلقيح بمني الزوج وبويضة الزوجة:

يتفق التشريع الأسري الجزائري مع الرأي الغالب في الفقه الإسلامي والذي يشترط قيام التلقيح الاصطناعي على ماء زوجي صرف، تكون من حوومن الزوج وبويضة الزوجة، دون سواهما². ولا يهم بعد ذلك إن كان نمط التلقيح داخليا أم خارجيا، لكن التساؤل يثور بشأن ما إذا تم التلقيح بماء الزوجين أثناء حياتهما، وزرعت اللقيحة في رحم امرأة أخرى؟ فهل يجوز مثل هذا الإخصاب من وجهة نظر قانون الأسرة؟

لقد جازمت الفقرة الأخيرة من المادة 45 مكرر بتحريم اللجوء إلى استئجار الأرحام في عملية الإخصاب الاصطناعي، وصيغة العموم التي طبعت نص الفقرة توحي بأن المرأة الأجنبية والضرة في ذلك الحكم سواء، لتحقق معنى البدل فيهما، وكون الضرة زوجة لا يسقط عنها علة الظفر³.

فإذا استكملت عملية الإخصاب الصناعي شرائطها الأربع، فإن الولد الذي تثمره هذه التقنية ينسب -من وجهة نظر قانونية- إلى أبويه صاحبي الماء الزوجي، ويكون له قبلهما جميع الحقوق التي تثبت للأبناء في ذم آبائهم، وتترتب عن ذلك جميع الآثار القانونية للرابطة النسبية الناشئة من نفقة وحرمة مصاهرة وميراث و..⁴

1 - بلحاج، العربي: المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي، المجلة القضائية، السعودية، ع 6، مارس 2013، ص 302.

2 - بلحاج، العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، وفق آخر التعديلات، مرجع سابق، ج1، ص 408.

3 - بلحاج، العربي: المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي، مرجع سابق، ص 302.

4 - بلحاج، العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، وفق آخر التعديلات، مرجع سابق، ج1، ص 410.

والجدير بالتنويه- في معرض الكلام عن الشروط القانونية للتلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري- أن المشرع لم يتعرض للنص على شرط الحاجة والضرورة الملجئة إلى هذه التقنية، مما يعني أن خيار الإخصاب الصناعي يبقى متاحا لكل الأزواج؛ سواء كانوا عقماء وعقماء، أم كان ذلك مجرد استعجال الولد دون انتظار الحمل الطبيعي¹. فضلا عن عدم نصه كذلك على شرط حصر اختصاص إجراء مثل هاته العمليات على المؤسسات الاستشفائية العامة والمرخصة، منعا للتجار بالحيوانات المنوية، أو التجريب على الأجنة والأمشاج الفائضة خارج الأطر القانونية².

كما أغفل أيضا ذكر الآثار القانونية للإخلال بشرائط التلقيح الاصطناعي على أطرافه؛ طبيبا وزوجين والولد الناتج، من حيث المساءلة والنسب والميراث... مما يستوجب المسارعة في سد هذه الثغرة، لاسيما - في هذا العصر- الذي يطبعه وهن الأخلاق وضعف الوازع الديني، وما يمكن أن ينجر عنه من هدم وتدمير للعلائق الأسرية، وخطط للوشائج النسبية³.

هذا فيما يخص التحقيق العام للتطبيق التشريعي المرصود لمسألة التلقيح الاصطناعي على المستوى المنظومة القانونية الجزائرية، أما التنزيل القضائي لجزئيات هذا الموضوع - في صورته الخاصة- فيبقى متعذر الكنه بسبب انعدام القرارات المنشورة في موضوع الإخصاب الصناعي على مستوى الهياكل القضائية الجزائرية وما تعالجه من وقائع الناس.

المطلب الثاني: المسائل المتعلقة بالنسب

نعالج في هذا المحور البحثي ما استجد من صور نوازلية مرتبطة بمسألة النسب الذي يعتبره الشرع الوشيحة الشرعية الوحيدة في العلاقات الأسرية للمجتمع المسلم، وتعد البصمة الوراثية أشهر وأظهر هذه النماذج التي أثارت ولازالت تثير الكثير من الإشكالات الشائكة في هذا الشأن، وهو ما يستحث الفكر النظري والفعل الاجتهادي لإعمال البحث في حكمها، وبجث إشكالاتها، ودفع المخاذير عن إستعمالاتها؛ من خلال تنزيل الحكم السليم عليها وعلى مولداتها من القضايا الشبيهة.

¹ - إقروفة، زبيدة: الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، مرجع سابق، ص 178.

² - بلحاج، العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، وفق آخر التعديلات، مرجع سابق، ج1، ص 409.

³ - بوزيان، عبد الباقي: حدود المسؤولية الجزائية بالنسبة لعملية التلقيح الاصطناعي، مرجع سابق، ص 357 362.

الفرع الأول: البصمة الوراثية

في خضم التطور العلمي والتكنولوجي الرهيب الذي شهده عالمنا في القرن الماضي ظهرت إلى الوجود أداة علمية جديدة من أدوات الإثبات المدني والجنائي التي بوسعها- كما أثبت ذلك المختصون- أن ترسم بدقة الصفات المميزة لكل شخص وتبرز سماته الفردية على نحو لا يتشارك فيه شخصان¹. ولو كانا توأمين، تتمثل هذه الوسيلة في البصمة الوراثية هي موضوع هذا المحور البحثي الذي سيبحثها من حيث الماهية والخصائص من جهة، ومدى حجيتها وضوابط استعمالها من جهة أخرى.

أولاً-تعريف البصمة الوراثية:

لابد في بحث مفاهيم القضايا من التطرق ابتداءً إلى ماهيتها في اللغة ثم الاصطلاح انتهاء لرصد مقاطع العلاقة بين الأصل اللغوي والوضع الاصطلاحي.

1-تعريف البصمة لغة:

البصمة من البُصم وهو الفوت ما بين طرف الخنصر وطرف البنصر²، ومنه قول بن الأعرابي: ما فارقتك شبرا ولا فترا ولا عتبا ولا رتبا ولا بُصما. ويقال رجل ذو بصم، إذا كان غليظا، وثوب له بصم إذا كان كثيفا كثيرا الغزل، وبصم كل شيء غلظه وجلده³.
والبصمة أثر الحتم بالإصبع⁴.

2-تعريف البصمة اصطلاحا:

أ-تعريف البصمة الوراثية في الفقه:

عرفت بتعريفات عديدة أهمها:

-عرفها مجمع الفقه الإسلامي ب: " البنية الجينية (نسبة إلى الجينات أي المورثات) التي تدل على هوية كل إنسان بعينه"⁵.

¹- M.M Read: **Focus On DNA, Fingerprinting Research**, Nova science publishers, New York, 2006, p 07.

² - ابن دريد، أبو بكر: **جمهرة اللغة**، مرجع سابق، ج 01، ص 350.

³ - ابن سيده: **المخصص**، مرجع سابق، ج 1، ص 382. ابن منظور: **لسان العرب**، مرجع سابق، ج 12، ص 50. **الزيدي: تاج العروس**، مرجع سابق، ج 31، ص 290.

⁴ - الزيات، أحمد: **المعجم الوسيط**، مرجع سابق، ج 01، ص 60.

⁵ - القره داغي، علي محيي الدين والمحمدي، يوسف: **فقه القضايا الطبية المعاصرة**، مرجع سابق، ص 367.

-وعرفتها ندوة الوراثة والهندسة الوراثية عن المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بأنها: " البنية الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه"¹.
-عرفها نصر فريد واصل بأنها: "تحديد هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حمض DNA المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه"².
بينما حددها عارف علي عارف بأنها: "الاختلافات في التركيب الوراثي لمنطقة الأنترون³، وينفرد بها كل شخص تماما وتورث"⁴.

ب-تعريف البصمة الوراثية في القانون:

كما عرفها المشرع الجزائري بالمادة الثانية من القانون رقم 16-03 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص بأنها: "التسلسل في المنطقة غير المشفرة في الحمض النووي".

وهو تعريف استشفه المشرع من بعض الاتجاهات العلمية التي تقصر سبب الخصوصية في الهوية الوراثية على هذا الشق من الجينوم البشري، بيد أن الأمر ليس محل اتفاق وجزم بين العلماء، والأمر في ذلك -رغم رجاحتها- محض استنتاج استنادا إلى قراءات تجريبية لم تترسخ بعد على قاعدة متيقنة أو رأي قاطع، وكان الأولى بالمشرع اعتماد النمط الانشائي في الصياغة الموضوعية للمضمون المفاهيمي للبصمة الوراثية كما هو حال الفقه، بدل الاستنجاج بالحدود العلمية غير المقطوعة.

ثانيا- خصائص البصمة الوراثية بنيويا وفتيا:

تتسم البصمة الوراثية بخصائص خلقية ثابتة وأخرى فنية تميزها عن باقي آليات التعرف، نبرزها فيما يلي من نقاط:

1-الخصائص الخلقية:

مع التطور التكنولوجي والبيولوجي الذي يشهده هذا العصر، سيما في مجال الميكروسكوبات والمجاهر والدقيقة وقف الإنسان على البنية الأساسية للجسم البشري، المختزنة في كل خلية من تريليونات الخلايا

1 - السويلم، بندر بن فهد: البصمة الوراثية وأثرها في النسب، مجلة العدل، السعودية، ع 37، محرم 1429هـ، ص 88.

2 - واصل، نصر فريد: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ع 17، 2004، ص 59.

3 - الأنترون: هو المنطقة التي تظهر عليها الاختلافات الجينية، وتشكل نسبة 0.1% من الحمض النووي، بينما يشترك كل الناس في النسبة المتبقية 99.9%. راجع: خليل، أحمد محمد: البيولوجيا الجنائية، مجلة عجمان للعلوم والتكنولوجيا، ع 01، 2001، ص 82.

4 - القره داغي، عارف علي: مسائل شرعية في الجينات البشرية، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 01، 2012، ص 56.

المكونة له. واطلع على كم هائل من أسرار التركيب الصبغي الموجود بها. إذ تحوي نواة كل خلية 46 كروموزوما على شكل أزواج؛ 22 منها متماثلة، نصفها من الأب، والنصف الآخر من الأم مرتبة بأرقام -وفق حجمها- من الأكبر إلى الأصغر، وهي في مجملها صنفان اثنان:¹

أ- كروموزومات جسمية: عددها 44 كروموزوما ورغم تشابهها لدى الأبوين، غير أنها مسؤولة عن كل الصفات الجسدية المميزة لحاملها؛ من حيث الطول الجسم، ولون البشرة، ونوع الشعر، ونبرة الصوت و.....

ب- كروموزومات جنسية: وعددها اثنان، وتأخذ المنزلة الأخيرة في الترتيب الزوجي للكروموزومات أي (23) وهي متماثلة لدى الأنثى حيث لا يكون إلا زوجا من الكروموزوم (X)، بخلاف الذكر الذي يحمل فضلا عن هذا الكروموزوم، كروموزوم (Y) وهذا الصنف من الصبغيات هو المسؤول عن تحديد جنس الجنين.

وكل صبغي من هذه الأزواج الثلاث والعشرين عبارة عن سلسلتين في شكل لولب ملتف على نحو حلزوني باتجاه عقارب الساعة بطول 2800 كم، ويسمى الحمض النووي (Deoxyribo Nucleic Acid) لتمركزه في نواة الخلية. وتنظم على هذا الشريط جينات يقارب عددها المائة ألف، وهي المسؤولة عن حمل الصفات الوراثية وإدارة الوظائف الحيوية للخلية. وتتركب بدورها من سلسلة مترابطة من النيوكليوتيدات (Nucleotides)، وكل نيوكليوتيد يتألف من قطع ثلاث هي:

1- فوسفات ((Phosphate

2- سكر (Sugar)

3- وقاعد نيتروجينية (Nitrogenous base)، والتي لا تخرج من إحدى أربع أحماض هي:

1- أدنين Adenin.

2- جوانين Guanine.

3- ثايمين Thymine.

4- سايتوزين Cytosine.

وترتبط هذه الأحماض الأربعة في شكل أزواج متناسقة على نحو دقيق، لا يتخلف تقريبا؛ فالأدينين متزاوج مع الثايمين برابطين هيدروجيين، والسايتوزين تتصل بالجوانين بثلاث روابط عبر كامل سلسلة الحمض النووي في نسق منتظم ومرتب، وأي خلل في ذلك يمكن أن ينجم عنه طفرة أو خلل وراثي.

¹ - الكعبي، خليفة: البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دار النفائس، الأردن، ط1، 2006م، ص 14 وما بعدها.

واحتمال تطابق ملايين هذه القواعد غير وارد بين شخصين؛ إذ كل فرد يكتنز في حمضه النووي ما يميزه عن غيره في اثنين إلى عشرة ملايين من البلايين الثلاث لهذه القواعد، واحتمال أن يتشابه اثنان في ذلك يقل عن 1 من كل 5 ملايين تريليون من البشر.

يعد العالم البريطاني إريك جيفريس (Jeffreys) هو مؤسس ومكتشف البصمة الوراثية وكان ذلك سنة 1985 عندما لاحظ وجود مناطق من الحمض DNA يحتوي على ترتيب نيوكليوتيدي ثابت، لكنها ذات تكرار أو ترادف عال. وتختلف من شخص إلى آخر في عدد التكرارات التي لا يمكن أن يشترك فيها اثنان إلا إذا كان توأمين. فقام بتطوير تقنية استطاع بها فحص هذا النوع من التباين في طول المتكرارات. وبالتالي تحديد هوية الشخص بدقة وتميزه عن باقي الأفراد¹. فهي مفتاح وسر كل الخصائص التي سيكون عليها جسم هذا الشخص في شكله وطوله ونبرة صوته ولون عينيه...².

وترتكز هذه التقنية على رصد هذه المناطق ذات الترادفات العالية بعد فصلها وتقطيعها إنزيميا، بما يصطلح عليه علميا الإنزيمات الحصرية (Restriction Enzymes) للحصول على قطع من الحمض النووي ذات المتكرارات عديدة التشكل (Restriction Fragment Length Polymorphism) أو متباينة العدد³ (Variable Number Of Random Repeats).

فيقطع بالتالي شريط الحمض DNA طوليا لتنفصل قواعد الأدينين (A) والجوانين (G) في جهة، والثايمين (T) والسايوتوزين (C) في جهة أخرى. ثم ترتب هذه المقاطع باستخدام طريقة تسمى التفريغ الكهربائي بالجال (Gel)، ثم تعرض هذه المقاطع على جهاز الوميض فوق البنفسجي. وتطبع على شريط تصوير خاص، فتظهر على شكل خطوط داكنة اللون ومتوازنة، بأطوال متباينة، وأنماط متقاربة، يعود نصفها للأمام والنصف الآخر مصدره الأب⁴. وهي على بساطتها تختلف من شخص لآخر.

2- الخصائص الفنية: تتميز البصمة الوراثية بجملة من الخصائص التي تجعل منها أداة فعالة في

الإثبات بشقيه المدني والجنائي. ويبرز ذلك من خلال:⁵

1- تنوع مصادر البصمة الوراثية يتيح للخبراء والفنيين تحصيلها من أي مخلفات بشرية، سواء كانت أنسجة مثل خلايا الجلد، أو اللحم، أو العظام، أو الشعر، أو كانت سائلة مثل الدم، واللعاب والمني و...

¹ - J. D. Watson: **DNA**, The Secret Of Life, Alfred A. Knop, New York, 2003, 1^{er} éd, p 262 et suites.

² - Y. Harun: The Secret Of DNA, op.cit., p16.

³ - M.M Read: **Focus On DNA**, op.cit., p11. - J. D. Watson: **DNA**, op.cit., p 268 et suites.

⁴ - عبد الدايم، حسني: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، دار الفكر الجامعي، مصر، ط 01، 2008، ص 18.

- C.R.Calladine et autres: **Understanding DNA**, ELSEVIER, Academic Press, 3rd éd, London, 2004, p 101. - J. D. Watson: **DNA**, op.cit., p107.

⁵ - أحمد، فؤاد عبد المنعم: البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي، المكتبة المصرية، مصر، د.ط، د.ت، ص 17 وما بعدها.

- 2- إمكانية الاستفادة من الحمض النووي مهما كانت العينة صغيرة من خلال مضاعفة الحمض النووي في العينة عبر الطرق العلمية المكتشفة سيما طريقة تفاعل البلمرة المتسلسل (Polymerase Chain Reaction)¹.
- 3- تعتبر البصمة الوراثية عصبية على التأثير بعامل الزمن أو الظروف البيئية المحيطة، إذ يمكن أن تصمد لفترات طويلة تمتد إلى قرون دون أن تؤثر فيها يد التعفن أو عامل التحلل².
- 4- يمكن فنيا إنشاء قواعد بيانات ضخمة، تضم بصمات للحمض النووي، عن طريق تخزين نتائجه في أجهزة الحواسيب التي تظهرها في شكل خطوط سهلة القراءة، ميسورة الحفظ، لحين الحاجة إليها. كل هذه الميزات من شأنها أن تجعل من الحمض النووي أداة فاعلة في كشف خبايا الكثير من الجرائم الغامضة المقيدة ضد مجهولين، وكشف الفاعلين الحقيقيين لها. كما يمكنها إسعاف الناس، في التعارف على أهاليهم وذويهم وأقاربهم في بعض قضايا النسب وضحايا الكوارث الطبيعية كالزلازل والحرائق والفيضانات³.

ثالثاً - مدى حجية البصمة الوراثية في الفقه الإسلامي:

يعتبر النسب قاعدة كلية ومقصد عظيم في الشرع الإسلامي الذي يرنو غاية التشوف إلى حفظه وإثباته. إذ به تتقوى الأواصر الإنسانية، وتؤسس العلاقات الاجتماعية على أصول من الطهر والفضيلة. وعليه تبني الحقوق والواجبات الأسرية تجاه الأبناء، وعليه فقد اتفقت كلمة الفقهاء على إثبات النسب بطرق ثلاث هي: الفراش والاستلحاق والبينة⁴. أما القيافة فهي وسيلة معتبرة لدى المالكية والشافعية

¹ - J. D. Watson: DNA, op.cit., p.122. -C.R. Calladine et autres: Understanding DNA, op.cit., p 236. - D.S.T.Nicholl: An Introduction To Genetic Engineering, Cambridge University press, 3rd éd, Cambridge, 2008, p 120. -K.L.Ghatak: Techniques And Methods In Biology, PHI Learning Private Limited, New Delhi, 2011, p 545.

² - من النماذج الواقعية التي تشهد للبصمة الوراثية بالقدرة على الصمود أمام طول الزمن، أنه تم التعرف على قبصر روسيا، وأفراد أسرته بعد مئات السنين من موته، باستخدام خاصية الحمض النووي وذات الشيء يقال بخصوص العالم الألماني هيجل الذي دفن بأمريكا اللاتينية، وتم التثبت من مكان قبره بعد الكشف الوراثي، والذي أجري على بقايا رفاتة كما تم استخلاص الحمض النووي من المومياء الفرعونية. عوين، زينب أحمد: حجية البصمة الوراثية كدليل أدانة، مجلة كلية الحقوق بجامعة النهرين، العراق، ع 2، كانون الثاني 2016م، ص 23.

³ - أجريت دراسة في كولومبيا باستعمال الحمض النووي لإثبات أو نفي الأبوة على 348 حالة، حيث أكدت الدراسة فاعلية وكفاءة البصمة الوراثية في إلحاق أو نفي النسب بنسبة 99 % ب 34 حالة في الإثبات و50 حالة في النفي. ينظر: القره داغي، علي محيي الدين والمحمدي، يوسف: فقه القضايا الطبية المعاصرة، مرجع سابق، ص 341.

⁴ - الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج 02، ص 216 و 228 و 230 و 331. ابن الحاجب: جامع الأمهات، مرجع سابق، ج 01، ص 403 و 473 و ج 02، ص 316، وج 03، ص 454. ابن قدامة المقدسي: الكافي في فقه أحمد ابن حنبل، مرجع سابق، ج 03، ص 188، وج 04، ص 283 و 314.

والحنابلة، دون الحنفية¹. غير أن السؤال هنا يثور بشأن طرو نازلة حديثة هي البصمة الوراثية، والجدل قائم بشأن مدى حجيتها في إثبات النسب أو نفيه. ويقتضي منا المبنى المنهجي -للإجابة عن هذا التساؤل- دراسة مدى حجية البصمة الوراثية في إثبات ونفي النسب من خلال بحث محورين اثنين هما:

- حجية البصمة في إثبات النسب.
- حجية البصمة في نفي النسب.

1- حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب:

الاتفاق حاصل بين أئمة الفقه وأعلامه المعاصرين على ضرورة الأخذ بالبصمة الوراثية واعتبارها في ميدان إثبات الوالدية البيولوجية، بعد أن أثبتت فائق دقتها في تحديد الهوية الشخصية للأفراد، غير أن الخلاف حاصل بشأن التكييف الفقهي لها: فهل هي من القوة والقطعية؛ بحيث ترقى درجة البيئات المجمع عليها من فراش وإقرار... ويمكن بالتالي الاستقلال بها في الإثبات على كل الحالات بإطلاق، أم أنها مجرد قرينة ظنية مساعدة تتقوى بغيرها من الأدلة، وبالتالي تنحصر دائرة إثباتها في حالات دون أخرى، وفق ضوابط وشروط معينة.

أ- الرأي الأول: البصمة الوراثية بينة قطعية:

يرى أصحاب هذا المذهب أن البصمة الوراثية قرينة قطعية ودليل مستقل بنفسه في إثبات النسب مثلها مثل الفراش والشهادة والإقرار²، بل إن تحقق القطعية فيها أقوى من سالفاتها، لذلك جاز تقديمها عليها، واستدلوا بأدلة عديدة أهمها:

- البصمة الوراثية آلية جديدة تمتاز -بحسب المختصين- بالدقة العالية في إثبات هوية الشخص ومدى انتسابه لأبويه على نحو يندر أن يجانبها الصواب فيه، لذلك كانت أولى بالقطعية من بعض البيئات المعتمدة فقها والتي تقوم على الظن والتخمين كالقيافة والشهادة بالتسامع والاستفاضة مثلا، ولذلك جاء في توصيات الحلقة النقاشية لندوة البصمة الوراثية المنعقدة بالكويت في 3 و 4 ماي 2000م: "وهي -أي البصمة الوراثية- ترقى إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذها أكثر الفقهاء في إثبات النسب المتنازع فيه

1 - الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج 2، ص 317، وج 03، 80. ابن قدامة المقدسي: الشرح الكبير على متن المقنع، مرجع سابق، ج 06، ص 403.

2 - ينحو هذا المنحى سعد الدين هلاي وعبد الرشيد قاسم وعبد الستار فتح الله سعيد. راجع: واصل، نصر فريد: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مرجع سابق، ص 65. فتح الله سعيد، سعيد: البصمة الوراثية في ضوء الإسلام ومجالات الاستفادة منها، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي، السعودية، يناير 2000م، ج 03، ص 144 و 145. الهلاي، سعد الدين: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي، السعودية، يناير 2000م، ج 03، ص 271.

ولذلك ترى الندوة أن يأخذ بها في كل ما يؤخذ فيه بالقيافة من باب أولى¹، ولذلك فللبصمة الوراثية على القيافة زيادة مزية في التدليل لأن:²

- معتمد القيافة التشابه الظاهر في أعضاء الجسد المبني على الظن الغالب، بخلاف البصمة الوراثية التي تعتمد بنية الخلية البشرية للتدليل على الهوية والوالدية معا. بصفة قطعية لا تتطرق إليها الريبة حسا ولا واقعا، لاعتمادها على التسجيل الذي لا يقبل العود والإنكار³.

وإذا كان من المتصور أن يختلف القافة على نسبة صبي لأبوين مختلفين، فإن هذا الفرض يمتنع مع البصمة الوراثية لدقتها وقوة حجيتها. لذلك عدت بينة مستقلة، وقرينة قوية يؤخذ بها في الحكم الشرعي إثباتا ونفيا.

- الفقهاء متفقون على أن اعتماد أدلة إثبات النسب الشرعية المعروفة من فراش وإقرار وشهادة مرهون بعدم مصادمته للحس الواقعي والمنطق العقلي، فلا اعتداد بالفراش الذي يأتي منه الولد لأقل من ستة أشهر أو لكون الزوج صغيرا لا يولد لمثله، أو اثبت الواقع استحالة اللقيا بين الزوجين⁴. فإذا كشف الفحص الوراثي للحمض النووي استحالة النسب كان أولى بالاعتبار عقلا وحسا لأن البصمة الوراثية كشف آلي مطبوع مسجل عليه الصورة الواقعية والحقيقية للصفات الوراثية للإنسان⁵.

-اعتناء الشرع بحفظ النسب وتشوفه لإثباته دعا الفقهاء إلى اعتماد التغليب في لحوقه مادام ممكنا وفي ذلك يقول ابن القيم: "والشارع متشوف إلى اتصال الأنساب وعدم انقطاعها لهذا اكتفى في ثبوتها بأدنى الأسباب"⁶، ويقول ابن قدامة: "لحوق النسب مبني على التغليب وهو يثبت بمجرد الإمكان، وإن لم يثبت الوطاء ولا ينتفي الإمكان للنفي"⁷،

ولهذا فالعمل في الإثبات بالظن الغالب مقصد معتبر في الشرع لأن فيه تحقيق مصلحة راجحة وإن تصور تطرق الفساد إليها إلا أنه مرجوح ونادر وفي هذا يقول صاحب قواعد الأحكام: "إنما عمل بالظنون في موارد الشرع ومصادره لأن كذب الظنون نادر وصدقها غالب، فلو ترك العمل بها خوفا من وقوع نادر

تاريخ الاطلاع: 10-12-2014، <http://islamset.net/arabic/abioethics/basma/basma1.html> - 1

2 - السويلم، بندر بن فهد: البصمة الوراثية وأثرها في النسب، مرجع سابق، ص 127. قاسم، عبد الرشيد محمد أمين: البصمة الوراثية وحجيتها، مجلة العدل، السعودية، ع 23، رجب 1425هـ، ص 61.

3 - الهاللي، سعد الدين: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية دراسة فقهية مقارنة، مجلس النشر العلمي، الكويت، د.ط، 2001، ص 316.

4 - بل وأثبت بعض الفقهاء انتفاء هذا النسب دوفا حاجة إلى اللعان. راجع: الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج 03، ص 78.

5 - واصل، نصر فريد: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مرجع سابق، ص 66.

6 - ابن القيم: الطرق الحكمية، مرجع سابق، ص 187.

7 - ابن قدامة المقدسي، المغني، شرح مختصر الخرقي، مرجع سابق، ج 11، ص 155.

كذبها لتعطلت مصالح كثيرة غالبية وخوفاً من وقوع مفسد قليلة نادرة وذلك على خلاف حكمة الإله الذي شرع الشرائع لأجلها"¹.

فإذا ثبت النسب بمثل ذلك من الأدلة التي يغلب عليها الظن ويعتريها الوهم والكذب، فإن ثبوته بالبصمة الوراثية أولى لأن تحقيق تشوف الشرع في الإثبات بها أرجى من غيرها لقوة دلالتها على النسب. وهذا معتمد من العدل والحكمة لذلك يقول ابن القيم: "فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهة بأي طريق كان فشم شرع الله ودينه والله اعلم واحكم واعدل أن يخص طريق العدل وأماراته وأعلامه بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر وأقوى دلالة وأبين أمانة فلا يجعله منها ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها، بل بين سبحانه بما شرعه من الطرق مقصوده إقامة العدل بين عبادة وقيام الناس بالقسط فأبي طريق فهي من الدين ليست مخالفة له"².

- عدم حصر مفهوم البينة في الإشهاد والإقرار؛ إذ هي تشمل كل "ما يبين الحق ويظهره ومن خصها بالشاهدين أو الأربعة أو الشاهد والمرأتين لم يوف مسماهما حقه. ولم تأت البينة قط في القرآن مراداً بها الشاهدان، وإنما أتت مراداً بها الحجة والدليل والبرهان، مفردة ومجموعة"³. وقد اعتبر المولى عز وجل قد القميص شهادة في قوله: "وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِّنْ قَبْلِ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِّنَ الْكَذِبِينَ" (٤٦) ⁴ ومنه أيضاً قوله ﷺ: "البينة على المدعي"⁵ فهي شاملة لكل ما يقوي الادعاء وشهد له بالاعتبار وليست الشهادة إلا إحدى هاتيه البيّنات. والأکید - كما يقول ابن القيم -: "أن غيرها من أنواع البينة قد يكون أقوى منها، كدلالة الحال على صدق المدعي، فإنها أقوى من دلالة إخبار الشاهد، والبينة والدلالة والحجة والبرهان والآية والتبصرة والعلامة والأمانة متقاربة في المعنى، وقد روى ابن ماجه وغيره عن جابر بن عبد الله قال: «أردت السفر إلى خيبر فأتيت النبي ﷺ فقلت: إني أريد الخروج إلى خيبر، فقال: إذا أتيت وكيلي، فخذ منه خمسة عشر وسقاً، فإذا طلب منك آية فضع يدك على ترقوته»⁶. فهذا اعتماد في

¹ - ابن عبد السلام، العز: قواعد الأحكام، مرجع سابق، ج 02، ص 60.

² - ابن القيم: الطرق الحكمية، مرجع سابق، ص 13.

³ - ابن القيم: الطرق الحكمية، مرجع نفسه، ص 11.

⁴ - [سورة يوسف: الآية 26]

⁵ - الترمذي، سنن الترمذي، مرجع سابق، باب ما جاء في أن البينة على المدعي، واليمين على المدعي عليه، ج 03، ص 618، وقال هذا حديث في إسناده مقال ومحمد بن عبيد الله العزمي يضعف في الحديث من قبل حفظه، ضعفه ابن المبارك، وغيره. الدارقطني، السنن، عالم الكتب، بيروت، ط 4، 1986م، كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه، باب في المرأة تقتل إذا ارتدت، ج 05، ص 390. البيهقي، السنن الكبرى، دار الفكر، بيروت، د. ط، د. ت، كتاب الدعوى والبيّنات، باب البينة على المدعي، ج 10، ص 427.

⁶ - أبو داود: السنن، مراجعة محمد محي الدين عبد الحميد، دار الفكر، بيروت، د. ط، د. ت، كتاب الأفضية، باب في الوكالة، ج 03، ص 314. الدارقطني، السنن، مرجع سابق، كتاب الوكالة، ج 05، ص 272.

الدفع إلى الطالب على مجرد العلامة، وإقامة لها مقام الشاهد، فالشارع لم يبلغ القرائن والإمارات ودلائل الأحوال، بل من استقرأ الشرع في مصادره وموارده وجدده شاهدا لها بالاعتبار، ومرتباً عليها الأحكام¹. ومن هذا كله رأى أصحاب هذا المذهب أن البصمة الوراثية، صالحة لأن تكون سبباً شرعياً لثبوت النسب، بل وكما يمكن اعتبارها شرطاً لقبول الطرق الشرعية الأخرى لإثبات النسب، فضلاً عن إمكان كونها مانعة من هذا القبول إذا حصل التعارض².

ب-الرأي الثاني: البصمة الوراثية قرينة ظنية

اعتبر جمهور الفقهاء المعاصرين أن البصمة الوراثية وسيلة شرعية دون باقي وسائل الإثبات الأخرى في المرتبة. إذ لا يجوز تقديمها على الأدلة المتفق عليها من فراش وإقرار وشهادة، لأن مبنى هذا الدليل المستحدث النظريات العلمية المستجدة، التي أثبت الواقع والحس أنها مهما بلغت من القطع والدقة واليقين فإنها تبقى محل ظن وشك وقد بينت التجربة إبطال الكثير من النظريات التي اتفق رأي المختصين على القطع بصحتها، واجتمعت كلمة الباحثين على يقينيتها³.

وحتى مع افتراض قطعيتها، فإن الخطأ البشري يبقى وراداً في حقها، لا سيما وأنها تتطلب دقة بالغة في التحليل، ودراية وافية بخصوص التقنيات والتجهيزات المستعملة فيها⁴.

- أن البصمة الوراثية لا تعدو أن تكون نموذجاً متطوراً للقيافة، التي تبنى على الشبه الملحوظ بين شخصين. ولذلك تأخذ حكمها، أو تقدم عليها في أحسن الأحوال، ولا مدخل لها مع باقي الوسائل الشرعية الأخرى لإثبات النسب.

وعليه فلا يعمل بالبصمة الوراثية إلا في نطاق مخصوص، تتغيب فيه باقي الأدلة الإثباتية المقررة شرعاً غير القيافة، وفي ذلك يقول محمد الأشقر: "إنه لن يكون مقبولاً شرعاً استخدام الهندسة الوراثية والبصمة الوراثية لإبطال الأبوة التي ثبتت بطريق شرعي صحيح من الطرق التي تقدم بياها، ولكن مجال العمل بالبصمة الوراثية سيكون في إثبات أو نفي أبوة لم تثبت بطريق شرعي صحيح"⁵.

1- ابن القيم: الطرق الحكمية، مرجع سابق، ص 11.

2- الهاللي، سعد الدين: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية دراسة فقهية مقارنة، مرجع سابق، ص 230 و 233 و 240. واصل، نصر فريد: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مرجع سابق، ص 65-68.

3- السبيل، عمر بن محمد: البصمة الوراثية ومشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، دار الفضيلة، السعودية، ط 01، 2002م، ص 55.

4- القره داغي، علي محيي الدين: البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي، يناير 2000م، ج 03، ص 57.

5- الأشقر، محمد سليمان: إثبات النسب بالبصمة الوراثية، ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجنينوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية، الكويت، 1998، ج 01، ص 454.

كما استند أصحاب هذا الرأي إلى أن مساواة البصمة الوراثية بباقي الأدلة المعتمدة شرعاً فيه إلغاء لوسائل شرعية ثابتة وإحلال نظريات ظنية محلها وتعطيل لنصوص قطعية من غير وجه شرعي¹. وقد تبني المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي هذا المنحى، وجسد رأيه ذلك من خلال تعداد حالات ثبوت النسب بالحمض النووي حصراً في قراره الصادر بالدورة السادسة عشرة المنعقدة بمكة من 05-10 جانفي 2002م: "يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات الآتية:

- حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء سواء كان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها، أم كان بسبب الاشتراك في وطأ الشبهة ونحوه.
- حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنايب
- حالات ضياع الأطفال واختلاطهم، بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب، وتعذر معرفة أهلهم، أو وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحرب والمفقودين².

2- حجية البصمة الوراثية في نفي النسب:

من المقرر فقهاً أن النسب الثابت شرعاً بأحد الأول المعتمدة لا يجوز نفيه إلا بطريق هو اللعان الذي شرعه المولى عز وجل لدرء الحد عن الزوج ودفع المعرة والجلد عن الزوجة. وقد انجر عن الخلاف في تكييف البصمة الوراثية بين الحجة القطعية والقرينة الظنية خلاف بشأن دور تحليل الحمض النووي في نفي النسب على مذاهب ثلاثة:

أ- المذهب الأول:

ينحو أصحاب هذا المذهب إلى أن الشرع الحكيم إذا كان قد تساهل في إثبات النسب بأدنى الأدلة لتشوفه إلى تحقيقه فإنه تشدد في نفيه على نحو لا ينتفي معه إلا بأقوى دليل. ومن مظاهر هذا التشدد حصر نفيه بطريق أوحده هو اللعان، الذي له من الشروط والضوابط ما يجعله ملجأً غير متاح لكل الأزواج وفي كل الظروف، وعليه لم يجز أصحاب هذا الرأي إعمال البصمة الوراثية في نفي الأنساب، ومساواتها باللعان في ذلك، فضلاً عن تقديمها عليه. لأن في ذلك تعطيلاً لنصوص شرعية قطعية وإهداراً لأدلة معتبرة شرعاً في الفقه الإسلامي.

1 - السبيل، عمر بن محمد: البصمة الوراثية ومشروعيتها استخدامها في النسب والجنسية، مرجع سابق، ص 55.

2 - قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، رابطة العالم الإسلامي، السعودية، ط 02، 2004، ص 344 و 345.

فأما تعطيل النصوص الشرعية، فإن اللعان ثابت بنص الكتاب والسنة وعليه معقد الإجماع بين سادة المذاهب وأئمتهم؛ فقد نص النظم القرآني في قوله تعالى: "وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدَتْهُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦١﴾" ¹. وقد ورد عن الشيخين أن رسول الله ﷺ - من رواية بن عمر رضي الله عنهما - «أنه لاعن بين رجل وامرأته، فانتفى من ولدها، ففرق بينهما وألحق الولد بالمرأة» ². وقد حكى إجماع الأمة على ذلك ابن المنذر والنووي وابن رشد وغيرهم ³. وفي ذلك يقول ابن رشد: "فاللعان حكم ثابت بالكتاب والسنة والقياس والإجماع إذ لا خلاف في ذلك أعلمه فهذا هو القول في إثبات حكمه" ⁴.

فيعمل بهذه الأدلة ويطرح الاجتهاد المبني على البصمة الوراثية وغيرها بدليل أن النبي ﷺ لم يعمل الشبه في قصة هلال بن أمية. وقال في حق امرأته التي لاعنها: «لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن» ⁵. ولولا ذلك "لأقام رسول ﷺ على المرأة الحد، من أجل ذلك الشبه الظاهر بالذي رميت به. يدل هذا على أنه لا يعمل بالاجتهاد، ومنه البصمة الوراثية، وإنما يعمل بالوحي الإلهي ويجري الأمر على الظاهر، ولو قامت قرينة خلاف الظاهر" ⁶.

ومنه فلا يجوز إلغاء هذه النصوص والأدلة ونسخها إلا بأدلة من مثلها في القوة والقطع وهو امر غير ممكن الآن وفيه من المصادمة للنصوص الشرعية، والجرأة على إبطالها، وإلغاء العمل بها ما يحمل على رد هذا القول وعدم اعتباره. وذلك لأن الأحكام الشرعية الثابتة لا يجوز إلغاؤها، أو إبطال العمل بها إلا بنص شرعي يدل على نسخها، وهو امر مستحيل" ⁷.

وأما إهدار الأدلة المعتبرة في الفقه؛ فلأن الأخذ بالبصمة الوراثية في مسائل نفي النسب الثابت يعني تقديمه على البيئة الشرعية التي قام عليها هذا النسب وإبطاله لها، سواء كانت فراشا، أم شهادة، أم إقرارا.

¹ - [سورة النور: الآية 06]

² - البخاري، الجامع الصحيح، دار الفكر، بيروت، د.ط، 1981، كتاب الطلاق، باب يلحق الولد بالملاعنة، ج 7، ص 56.

³ - ابن رشد، أبو الوليد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مكتبة مكة الثقافية، الإمارات، ط 01، 2004م، ج 05، ص 332. ابن المنذر، أبو بكر: الإشراف على مذاهب العلماء، مرجع سابق، ج 02، ص 115. النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ط 2، 1392هـ، ج 10، ص 119.

⁴ - ابن رشد، أبو الوليد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج 02، ص 115.

⁵ - البخاري، الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب تفسير القرآن، باب ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين، ج 6، ص 100.

⁶ - الزحيلي، وهبة: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي، يناير 2000م، ج 03، ص 26.

⁷ - السبيل، عمر بن محمد: البصمة الوراثية ومشروعيتها استخدامها في النسب والجنانية، مرجع سابق، ص 57.

كما أن فيه معنى إلقاء طريق اللعان وتعطيله - وهو أمر تعدي - بناء على نظرية طبية مظنونة¹، والمولى جل في علاه يقول: " وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا ﴿٣٦﴾ "2.

إن في الاعتماد على تحاليل الحمض النووي مفسد عظيمة ليس أقلها ظهور فوضى منكرة، واضطراب كبير على مستوى الأسر نتيجة استسهال نفي النسب والتساهل فيه، رغم أنه من المقاصد الضرورية للدين³.

وعلى هذا استقر رأي المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي؛ إذ جاء في مشروع توصية للدورة الخامسة عشرة أنه: "لا يجوز استعمال البصمة الوراثية في نفي النسب استقلالاً - اكتفاء باللعان - ولا استعمالها في نفي نسب من ثبت نسبه بأي دليل شرعي"⁴. ورغم ذلك كله، فقد استحسّن أصحاب هذا الرأي الاستعانة بالبصمة في تأكيد النسب الثابت، للتقليل من حالات اللجوء إلى اللعان، عن طريق رفع الشك الذي يختلج صدر الزوج بخصوص الابن المولود على فراشه ودفع التهمة المظنونة بالزوجة، لأنه مقصد شرعي مرعي⁵.

ب- المذهب الثاني:

ينحو أصحاب هذا المذهب إلى القول بأن البصمة الوراثية يمكن أن تحل محل اللعان، مادامت قطعية النتائج يقينية الإثبات. ويتزعم هذا الرأي محمد المختار السلامي⁶ وسعد الدين الهلالي الذي تساءل عن جدوى إجراء اللعان إذا ثبت يقينا نفي النسب بدليل البصمة الوراثية؛ فاللعان هنا هو الاستثناء لا القاعدة⁷، وعليه يمكن اعتداد تحليل الحمض النووي الشاهد الذي اشترط الشرع انعدامه لإجراء هذا

1 - الأحمّد، حسام: البصمة الوراثية، حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، 2010م، ص 57. السبيل، عمر بن محمد: البصمة الوراثية ومشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، مرجع سابق، ص 58.

2 - [سورة الأحزاب: الآية 36]

3 - القره داغي، علي محيي الدين: البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج 03، ص 53.

4 - الصلالي، أسامة: مجالات البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات، مجلة كلية الآداب، جامعة قارونس، ليبيا، ع 35، 2011م، ص 12.

5 - السبيل، عمر بن محمد: البصمة الوراثية ومشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، مرجع سابق، ص 58 و 59. القره داغي، علي محيي الدين: البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج 03، ص 52.

6 - السلامي، محمد مختار: إثبات النسب بالبصمة الوراثية، ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية، الكويت، 1998، ج 01، ص 405.

7 - الزحيلي، وهبة: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مرجع سابق، ج 03، ص 18.

اللعان¹، في قوله تعالى: ﴿وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ﴾². فإقامة اللعان مرهونة بانعدام سند يشهد للزوج بما رمى به زوجته، غير أن اكتشاف البصمة الوراثية مؤخراً أقام هذا السند - كضمان - يدفع تهمة الكذب في حق الزوج ويقوي ادعائه³، كما أن آية اللعان نصت على ذكر درء العذاب، لا نفي النسب. ولا تلازم بين الأمرين، فبالإمكان إقامة الزوج للعان لدرء الحد عنه، بينما ينسب الولد له إذا شهدت بذلك البصمة الوراثية⁴. وبذا يظهر "أن أثر البصمة الوراثية ينحصر كدليل مع الزوج أو ضده، فإن كان معه فلا وجه للعان إلا من أجل المرأة أن تدفع عنها جد الزنا، وإن كان ضده وتبين أن الولد من وجب عليه حد القذف"⁵.

بينما يقصر فريد واصل إحلال البصمة محل اللعان على فرضية واحدة تتعلق بإصرار الزوج على إعمال اللعان رغم ثبوت نسب ولده منه بتحليل الحمض النووي وفي ذلك يقول: "فانه لا ينفي نسب الطفل، حتى ولو لاعن الزوج لأن الشارع يتشوف إلى إثبات النسب رعاية لحق الصغير، خاصة وأن نتائج البصمة الوراثية دقيقة ويقينية قطعية، ولخراب الذمم عند بعض الناس في هذا العصر؛ فقد يكون باعث الزوج الكيد لزوجته، وفي ذلك إقرار للحق واستقرار للأوضاع في المجتمع"⁶.

وعلى هذا مدار الفتوى بدار الإفتاء المصرية، ومستندها في ذلك إعمال الدليل العلمي للبصمة الوراثية قياساً على إثبات رسول الله ﷺ النسب بالشبه للزوج في قصة المتلاعنين، فقد أفاد الخبر النبوي "انه حتى ولو تمت الملاءنة بين الزوجين، وولدا الطفل شبيها بالزوج صاحب الفراش، فإنه ينسب له ولا ينفي عنه. ويقاس على ذلك من باب أولى ما يقرره العلم عن طريق الفحوصات والتحليل الطبية المثبتة للنسب، لأنه أقوى من مجرد التشابه في الشكل الذي اخذ به رسول الله ﷺ في إثبات النسب"⁷.

1 - اعترض على هذا الدليل بأن لفظ "شُهَدَاءُ" الوارد بالآية لا يحتمل دخول البصمة الوراثية في مضمون معناه، خصوصاً وأن سياق الآية قبلها تناول ذات اللفظ على نحو يحجره في المعنى الحقيقي للفظ "الشهادة" دون قرينه المجازي. ورد عليه بأن القرآن لم يقصر استعمال لفظ الشهادة على ذلك، بل الآيات شاهدة على أن استعمال هذا اللفظ فيما يقوم مقامها؛ كقصد القميص الذي اعتبر نوعاً من الشهادة في قوله تعالى: ﴿وَشَهِدَ شَاهِدٌ قَرْنٌ أَهْلَهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ قَبْلِ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ﴾. راجع: الأحمد، حسام: البصمة الوراثية، حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، مرجع سابق، ص 58. ابن بيه، عبد الله: مناقشات ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية، الكويت، 1998، ج 01، ص 505.

2 - [سورة النور: الآية 06]

3 - الكعبي، خليفة: البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، مرجع سابق، ص 444 و 445. السلامي، محمد مختار: إثبات النسب بالبصمة الوراثية، مرجع سابق، ج 01، ص 405.

4 - الأحمد، حسام: البصمة الوراثية، حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، مرجع سابق، ص 57.

5 - الهاللي، سعد الدين: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية دراسة فقهية مقارنة، مرجع سابق، ص 352.

6 - واصل، نصر فريد: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مرجع سابق، ص 81 و 82.

7 - واصل، نصر فريد: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مرجع سابق، ص 81 و 82.

ويرى علي القره داغي أنه يمكن العمل بالبصمة الوراثية كبديل عن اللعان في ثلاثة مواضع؛ يتعلق الأول بحالة الزنا بإقرار أو بالشهادة التي تحمل نتيجة التحليل نفي النسب عن الزوج فإنه يجوز في هذه الحال الاعتماد على هذه النتيجة دون الحاجة إلى اللعان لوجود ثبوت الزنا الذي هو مظنة كبيرة لكون ذلك الحمل من الزنا. وسند ذلك أن " النص القرآني الموجب للعان هو عدم وجود أربعة شهداء أو الإقرار... فإذا تحقق ذلك، فقد انتفت الحاجة إلى اللعان لأن الفراش قد اهتز تماما بالزنا فلم تعد له القدرة على الصمود أمام ذلك الدليل، إضافة إلى أن الفضيحة قد تحققت بالزنا وشهادة الشهود أو الإقرار، فلا حاجة إلى مسألة اللعان مرة أخرى"¹. بينما يتعلق الثاني بوطء الزوجة في حالة الاغتصاب أو الوطء بشبهة. فضلا عن حالة غياب الزوج عن زوجته المدخول بها غيابا طويلا، بسبب السفر أو الأسر أو الفقد، ثم عاد ووجد عندها ولدا².

ج-المذهب الثالث:

أخذ أصحاب هذا الفريق برأي وسط؛ حيث يرون للبصمة مرتبة لكنها دون مكانة اللعان الذي تلحق به دون أن تلغيه، وإلى هذا ذهب أحمد الكردي وحسان حنحوت وعبد الستار أبو غدة وغيرهم³.

-الترجيح:

والذي يترجح للباحث -بعد هذا السجال الفقهي- أن النسب لا ينتفي باللعان، إذا جاءت البصمة الوراثية فيه مؤكدة صحة انتساب الولد للزوج ولو تم اللعان، ويجري بينهما ما يجري بين الولد ووالده من أحكام شرعية. أما إن كانت نتيجة الفحوصات مؤكدة لقول الزوج، فينتفي النسب هنا باللعان اعتمادا على تلك النتائج التي تعد دليلا مكملًا، والمستند في هذا الترجيح:

- أن أحكام الشرع أرفع قدرا من أن تبنى على مصادمة الحس، وإغفال الواقع الذي تثبته نتائج تحليل الحمض النووي، والذي من شأنه أن يفضي إلى ظلم عريض يشمل أجيالا طويلة محرومة من حقها في

1 - القره داغي، علي محيي الدين: البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج 03، ص 58 و59.

2 - القره داغي، علي محيي الدين: البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، مرجع نفسه، ج 03، ص 58 و59.

3 - الكردي، أحمد: الهندسة الوراثية في النبات والحيوان وحكم الشريعة الإسلامية فيها، ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية، الكويت، 1998، ج 01، ص 228 وما بعدها. أبو غدة، عبد الستار: المواكبة الشرعية لمعطيات الهندسة الوراثية، ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية، الكويت، 1998، ج 01، ص 572 وما بعدها. حنحوت، حسان: قراءة الجينوم البشري، ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية، الكويت، 1998، ج 01، ص 272 وما بعدها.

النسب الصحيح. لا سيما في هذا العصر الذي انخرمت فيه الذمم، وتهاوى فيه ميزان الضمير، ووهنت فيه ركائز العقيدة والخشية من الله¹.

-لما كان اللعان مقيدا بانعدام الشهادة، فإن وجودها أو وجود ما هو أقوى منها يمنع اللعان، وبثبت ما رمى به الزوج زوجته. وعليه إقامة اللعان -بوجود بصمة وراثية يقينية- فيه مكابرة على مبادئ العقل الصحيحة، واستعلاء على قواعد المنطق الراجحة، سيما وأن اللعان ليس أمرا تعبديا محضا ما دام معقول المعنى ومعروف السبب. فضلا عن أن "الشهادة أقوى من قول الزوج في اللعان، لأن الشهادة مبنية على غلبة الظن، أما قول الزوج في اللعان فهو متساوي الطرفين في الصدق أو الكذب؛ أي بنسبة 50%، لأنه إما أن يكون صادقا، أو تكون الزوجة صادقة. فهل من الفقه أن ندع بينة قطعية تصل لـ 99.9% تؤكد كذب الزوج، ونأخذ ما هو محتمل للصدق بنسبة 50%، وننسب ذلك للشريعة"².

- أن الأخذ بهذا الرأي فيه إعمال لكل الأدلة الواردة في هذا الباب؛ فالأخذ بنتائج الحمض النووي المثبت لنسب طفل ولد على فراش صحيح فيه إعمال وتقوية لدليل "الولد للفراش"، وفيه درء للحد بشبهة اللعان عن الزوج إذا تم. أما إن كانت النتيجة نفي هذا النسب فإن اختصاص النفي يبقى أصيلا للطريق الشرعي الأوحى الذي هو اللعان وتقويه في ذلك البصمة الوراثية، ويدراً الحد عن الزوجة بهذه الأيمان³.

3- شروط العمل بالبصمة الوراثية:

لما ثبت -مما سبق بحثه- أن تقنية التحليل للحمض النووي تمثل إثباتا قطعيا مبناه الحس والمشاهدة العلمية الدقيقة التي تسهم في إظهار الحقيقة الشخصية وإثبات الوالدية باتفاق، أو نفيها منه عند القائلين بذلك، فإنه لا بد من إناطة هذه التقنية -على خطورتها- بالضوابط التي تكفل لها ألا تخرج عن المقصد المرسوم لها. لأن من شأن الأهواء النفسية، والأخطاء المعملية أن تتسبب في عواقب جسيمة على مستوى العلاقات الأسرية والروابط الاجتماعية المحفوظة برباط النسب ولحمة الدم، ومن جملة هذه الشرائط:⁴

1 - قاسم، عبد الرشيد محمد أمين: البصمة الوراثية وحجيتها، مرجع سابق، ص 73. الأحمد، حسام: البصمة الوراثية، حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، مرجع سابق، ص 59. عبد الدايم، حسني: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، مرجع سابق، ص 89.

2 - قاسم، عبد الرشيد محمد أمين: البصمة الوراثية وحجيتها، مرجع سابق، ص 74.

3 - واصل، نصر فريد: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مرجع سابق، ص 81 و 82. قاسم، عبد الرشيد محمد أمين: البصمة الوراثية وحجيتها، مرجع سابق، ص 76.

4 - الزحيلي، وهبة: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مرجع سابق، ج 03، ص 17 و 18. الكعبي، خليفة: البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، مرجع سابق، ص 50 وما بعدها. قاسم، عبد الرشيد محمد أمين: البصمة الوراثية وحجيتها، مرجع سابق، ص 65. القره داغي، علي محيي الدين: البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج 03، ص 63 و 64. السبيل، عمر بن محمد: البصمة

- 1- أن يكون هؤلاء الخبراء ممن يتسمون بالعدالة والأمانة والثقة، وغيرها من شروط أهلية الشهادة والحكم¹.
- 2- أن يكون الخبراء والفنيون القائمون على هذه التقنية من ذوي الدرايات المشهودة، والكفاءات العالية الموثوقة في ميدان التحليل الحمض النووي.
- 3- أن تتوفر للخبراء معامل مجهزة بطاقم كامل للأجهزة اللازمة لمثل هذه التحاليل الدقيقة وفق المقاييس العلمية العالمية المعتمدة.
- 4- أن تكون هذه المختبرات وتلك المعامل تابعة للدولة، مع خضوع أوامر التحاليل لهيئات قضائية ورسمية سدا لباب تلاعب الأهواء وحسما لشكوك الذمم المنخرمة، ومنعا لأصحاب الشركات وأرباب المال من المتاجرة في هذا الميدان، والعبث بقيم الأسرة والتلاعب بأصولها.
- 5- أن يتولى إجراء الاختبارات خبير مسلم، لأن قوله شهادة، وشهادة الكافر غير مقبولة إلا في الوصية والسفر ونحوها².
- 6- توثيق سير التحليل مبتدأ ومنتهى، توخيا لصحة النتائج، وحرصا على سلامة العينات، وحفظ ذلك للرجوع إليه وقت الحاجة.

7- اشترط بعضهم تعدد الخبراء قياسا على الشهادة³ عند من يقول بالتعدد فيها⁴. بينما فضل البعض الآخر الاكتفاء بالواحد لأنه خبير قياسا على القائف الواحد⁵، ومستندهم في ذلك أنه يجري مجرى الخبر، أو يأخذ طريق الحكم فمتى أعلم الخبير بعلمه أو حكم الحاكم بحكمه لم يجز أن ينتقض بمخالفة غيره لهما،

الوراثية ومشروعية استخدامها في النسب والجنسية، مرجع سابق، ص 62 وما بعدها. عبد الدايم، حسني: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، مرجع سابق، ص 477 وما بعدها. نجم، عبد الواحد: البصمة الوراثية في ضوء الإسلام ومجالات الاستفادة منها، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي، السعودية، يناير 2000م، ج 03، ص 249.

1 - المصطفى، مضاء منجد: دور البصمة الوراثية الجينية في الإثبات الجنائي في الفقه الإسلامي، مطابع جامعة نايف للعلوم التقنية، السعودية، د.ط، 2007، ص 84. السلامي، محمد مختار: التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجيتها في الإثبات، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، مايو 2002، ج 02، ص 457.

2 - بينما يرى البعض عدم اشتراط الإسلام في الخبير، بناء على أن التحليل البيولوجي مجرد إخبار عن نتيجة علمية مخبرية، لا صلة لها بدين أو كفر. ينظر: المصطفى، مضاء منجد: دور البصمة الوراثية الجينية في الإثبات الجنائي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 84.

3 - القره داغي، علي محيي الدين: البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج 03، ص 64.

4 - دليلهم في ذلك أن المعتبر في الشهادة الاثنان؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [سورة البقرة: الآية 282]، وهو قول لأحمد، وهو رواية عن مالك. ابن رشد، أبو الوليد: البيان والتحصيل، مرجع سابق، ج 10، ص 126 و127. ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج 06، ص 128.

5 - الزحيلي، وهبة: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مرجع سابق، ج 03، ص 20. الهلالي، سعد الدين: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، مرجع سابق، ص 262. أحمد، فؤاد عبد المنعم: البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي، مرجع سابق، ص 19 و20.

بل ولو كان المخبر منهما كافرا لأن طريقه الخبر عن علم يختص به القليل من الناس، عند من يقول بكفاية انفراده¹.

8- لا بد من تحقيق معدل مقبول من الموضوعية واليقينية بشأن نتائج التحليل، من خلال تعدد العينات، وتكرار الاختبارات لإمكان المقارنة، والتأكد من تطابق النتائج وسلامتها².

رابعاً- حجية البصمة الوراثية في قانون الأسرة الجزائري:

خلت المادة 40 - في نصها القديم - من أي تنظيم أو حتى إشارة للوسائل المستجدة في إثبات النسب، إذ كانت تنص على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح، والإقرار، وبالبينة، وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول، طبقاً للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون". والمقصود بالبينة هنا كل دليل أو حجة تؤكد وجود واقعة مادية ما وجوداً حقيقياً بواسطة السمع أو البصر أو غيرها من وسائل الإثبات وهي أقوى من الإقرار في الدلالة على الإثبات³.

بينما نصت المادة 41 على أن: "النسب يثبت متى كان الزواج شرعياً، وأمكن الاتصال، ولم ينفه بالطرق المشروعة". أما المادة 42 فقد بينت أقل مدة الحمل وأقصاها، والتي يبتدأ في احتسابها من تاريخ الوفاة أو الانفصال في حال انفكك العلاقة بطلاق أو موت، كما هو نص المادة 43. في حين نظمت المادة 44 ثبوت النسب لمجهوليه متى صدقه العقل أو العادة.

وسائر القضاء هذا المنهج؛ مستبعداً كل الوسائل الطبية أو البيولوجية الحديثة من دائرة الإثبات، أو النفي للنسب⁴. ويؤكد هذا الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا الذي كرس عدم الأخذ بالخبرة الطبية في إثبات النسب في القضية رقم 222674 والذي جاء في قراره: "حيث أن إثبات النسب قد حددته المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة، وضوابط محددة، تفي بكل الحالات

1 - هو مذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية ورواية عن مالك. راجع: الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج 6، ص 265. الجويني، أبو المعالي: نهاية المطلب في دراية المذهب، مرجع سابق، ج 18، ص 479. القرافي، أبو العباس: الذخيرة، مرجع سابق، ج 4، ص 302 وج 10، ص 240. ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج 06، ص 128. ابن حزم: المحلى، مرجع سابق، ج 9، ص 339.

2 - واصل، نصر فريد: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مرجع سابق، ص 69. الهلالي، سعد الدين: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، مرجع سابق، ص 242 و 243. نجم، عبد الواحد: البصمة الوراثية في ضوء الإسلام ومجالات الاستفادة منها، مرجع سابق، ج 03، ص 249.

3 - بلحاج، العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج 01، ص 199.

4 - تشير الأرقام الرسمية المنشورة إلى أن عدد قضايا النسب المطروحة على القضاء في اضطراد متزايد؛ فقد أكدت الرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الإنسان أن المحاكم حالياً تعالج أزيد من 30 ألف حالة إثبات النسب من زواج عرفي، فكيف يباقي الزيجات المقدره -بحسب المعهد الوطني- للإحصاء بمئات الآلاف؟ ينظر: نحال، سعاد: 30 ألف زواج عرفي تعالجها المحاكم لإثبات نسب الأبناء، جريدة التحرير، الجزائر، ع 661، 17 جوان 2015، ص 06.

التي يمكن أن تحدث، ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم، الذي ذهب إليه قضاة الموضوع. فدل ذلك على أنهم قد تجاوزوا سلطتهم الحاكمة إلى التشريعية؛ الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة لنفس المجلس¹.

غير أن المشرع الجزائري تنبه لهذه النازلة في التعديل الجديد، ونظم المسألة في فقرة إضافية بذات المادة 40؛ حيث جاء فيها: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، والملاحظ أن صيغة التعميم -التي ورد بها نص الفقرة المستحدثة- يطرح إشكالات عديدة؛ من حيث تحديد ماهية التقنية المعتمدة في إثبات ونفي النسب، ومعايير قبول هذه التقنية أو تلك، ومدى حجيتها، والعوائق التي تواجهها وهذا ما سنتولى دراسته ههنا:

1- موقع البصمة الوراثية من أدلة إثبات النسب العلمية:

تفتقر الفقرة الثانية من مادة 40 -في صياغتها- للدقة والحصر؛ ذلك أن الطرق العلمية المكتشفة حتى الآن، في مجال إثبات النسب ونفيه، ليست في وزان واحد من حيث القطعية العلمية، وهي -على تباينها- مختلفة بين القطعية بين الظنية، وقطعيها يتراوح بين المطلق وبين النسبي، وقد يهوي ظنيها إلى مراتب، يجعل من الاعتداد بها محل شك وإعادة نظر. وكان الأولى بالمشرع حصر هذه الطرق، أو على الأقل ضبطها بمعايير تضمن سلامة النتائج، وتقطع بصحة النسب المثبت، أو نفيه على نحو لا يساوره شك أو ظن.

والأكيد أن البصمة الوراثية -على ما تكشفت به الدراسات الطبية- تدخل ضمن التقنيات ذات النتائج القطعية، وعليه فهي مندرجة -قطعا- في الطرق العلمية المقصودة بالمادة 40 من قانون الأسرة، سيما وأن نسبة قطعيتها في الإثبات تصل إلى 99%.

2- مدى حجية البصمة الوراثية في قانون الأسرة:

لاريب في أن الاستعانة بخبراء تحليل الحمض النووي من القضاء ضرورة ملحة للنظر في مسائل تنازع النسب إثباتا ونفيا؛ إذ ليس بوسع القاضي، أيا كانت درايته العلمية وثقافته القانونية، أن يفصل في مثل هذه القضايا الدقيقة دون دعم، وتوضيح علمي وفني من عالم بيولوجي متخصص في علم الجينيات البشرية. فيقوم القاضي من تلقاء نفسه، أو بطلب من أحد الخصوم بتعيين خبير مختص -عن طريق حكم-

¹ - قرار المحكمة العليا رقم 222674، الصادر بتاريخ 15-06-1999، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية-عدد خاص، مرجع سابق، ص 88.

لفحص مدى تطابق جينات أطراف النزاع مع الشخص المراد معرفة نسبه أو نفيه منه¹. على أن يسبب هذا الحكم، وتحدد مهمة الخبير تحديدا دقيقا، فضلا عن ضبط موعد وضع تقرير الخبرة بأمانة الضبط². ولذلك يثور بشأن القوة الأساسية التي تكسبها البصمة الوراثية كطريق علمي في مجال النسب من وجهة نظر القانون الجزائري؛ فهل ترقى إلى مصاف الأدلة القاطعة، بحيث يتأسس عليها رأي القاضي، أم أنها مجرد قرائن ظنية غير ملزمة، يستأنس بها القضاء في أحكامه، مثل أي خبرة فنية، يمكن استبعادها من طرف القاضي كونها غير ملزمة.

ذلك أن تكييف التحليل المخبري للبصمة الوراثية على أنه خبرة يجعله خاضعا لقواعدها، وأهم هذه القواعد أن رأي الخبرة لا يخرج عن كونه عنصرا من عناصر الإثبات، لمحكمة الموضوع سلطة تقديره دون معقب.

فالمادة 144 إجراءات مدنية تنص على جوازية تأسيس الحكم القضائي على نتائج الخبرة، وعدم إلزام القاضي برأي الخبير، وإن ألزمته بتسبب هذا الاستبعاد، فقد جاء فيها: "يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة"، وأضافت بأن: "القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبب استبعاد نتائج الخبرة". مما يفتح المجال واسعا لسلطة القاضي التقديرية في الحكم على نتائج البصمة الوراثية بالقطعية أو الظنية؛ بحسب مدى اقتناع القاضي بالنتيجة المتحصلة من عدمه، والخبرة -على ذلك- مجرد سير وتحر وتنوير للعدالة³. ومما يرجع هذا الاتجاه أن الفقرة المستحدثة بالمادة 40 من قانون الأسرة جعلت اللجوء إلى هذه الخبرة أمرا جوازيا في إثبات النسب، وللقاضي رفض الاستعانة بها في مسائل الإثبات، بحسب قناعاته المبنية على حيثيات القضية ووقائعها. وهو أمر يتعارض مع الدقة العالية التي يتسم بها هذا الدليل فنيا وعلميا.

هذا وقد حصر المشرع الجزائري أعمال دور البصمة الوراثية كخبرة فنية في مجال إثبات النسب فحسب؛ فالفقرة الأخيرة من المادة 40 من قانون الأسرة تنص صراحة على أنه: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب". مما يعني أنه من غير المعتمد قانونا أعمال نتائج البصمة الوراثية كدليل في نفي

1 - تنص المادة 126 إجراءات مدنية وإدارية على أنه: "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه، أو بطلب أحد الخصوم تعيين خبير، أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة".

2- تنص المادة 128 إجراءات مدنية وإدارية على أنه: "يجب أن يتضمن الحكم الأمر بإجراء الخبرة ما يأتي:

- عرض الأسباب التي بررت اللجوء إلى الخبرة، وعند الاقتضاء تبرير تعيين عدة خبراء.

- بيان اسم ولقب وعنوان الخبير، أو الخبراء المعينين مع تحديد التخصص.

- تحديد مهمة الخبير تحديدا دقيقا.

- تحديد أجل إيداع تقرير الخبرة بأمانة الضبط".

3 - توفيق، إسكندر محمود: الخبرة القضائية، دار هومو، الجزائر، د. ط، 2002، ص 51 و 52.

نسب ثابت لشخص ما من منتسبيه، وعليه يبقى اللعان وحده -من وجهة نظر قانونية بحتة- الطريق الأوحده لنفي النسب، وإن لم ينص عليه التشريع صراحة في المادة 41، والتي اشترطت لثبوت نسب الولد لأبيه عدم نفيه بالطرق الشرعية دون تحديد تلك الطرق، أو بيان ماهيتها¹. والمشرع بذلك يوافق رأي جمهرة الفقهاء المعاصرين وما عليه المجمع الفقهي الإسلامي.

المطلب الثالث: المسائل المتعلقة بالنسل

ندرس في هذا المطلب نازلة الإجهاض التي تعتبر من القضايا القديمة المتجددة، والتي عانت ولازالت تعاني من ويلاتها البشرية، باعتبارها ظاهرة اجتماعية استفحل خطرها، وتعقدت وتشعبت آثارها على الأسر والأزواج والذرية، مما يجعل من مدارستها وفحص أحكامها أمرا ذو بال من الأهمية والضرورة، وهو ما سنتولاه فيما يلي:

الفرع الأول: الإجهاض

تشير التقديرات الحالية إلى أن خمس حالات الحمل يتم اجهاضها سنويا؛ فمن أصل 210 مليون حمل يتم إسقاط 42 مليون حمل بشكل طوعي وإرادي ويتم نصف هذه الحالات خارج الأطر الصحية والقانونية، وجل الحالات تقع في الدول النامية بما معدله 98%، حيث وصل عدد حالاته في الوطن العربي -بحسب تقرير للمكتب العالمي المرجعي للسكان- إلى 1.5 مليون حالة، وهذا يعني استفحال هذه الظاهرة التي تقتل ما يقرب من 47000 امرأة سنويا وتودي بحياة ملايين الأنفس البريئة من الأجنة، ويجعل منها قضية العصر ونازلة الدهر التي تستوجب إعادة التوقف عندها وإمعان النظر الفقهي والقانوني فيها بما يتواءم وفقه الواقع الحاصل².

أولا- تعريف الإجهاض:

1- تعريف الإجهاض لغة:

أصلها في اللغة من جذر جهض بمعنى الإلقاء على غير تمام، ويقال للناقة خاصة إذا أسقطت وليدها ناقص الحلقة كما نقل ابن منظور عن الأزهري، أو لم يستبين خلقه كما ذكر الأصمعي. والاسم جهيض؛

1 - لم يذكر اللعان إلا مرة واحدة في قانون الأسرة؛ إذ نصت عليه المادة 138 منه وهي في معرض ذكر موانع الإرث.

2 - دبش، رشا ورودي، فرزانة: الإجهاض في الشرق الأوسط وشمال افريقيا، Soy Ink، أمريكا، 2009، ص 1 وما بعدها.

وهو السقط الذي تخلق ونفخت فيه روحه من غير أن يعيش¹. والإجهاض عن الأمر إعجاله وإزالته والازلاق فيه، والجهاض من الرجال الحديد النفس². وقد خص جمع اللغة العربية بالقاهرة اصطلاح الإجهاض بأنه: "خروج الجنين من الرحم قبل الشهر الرابع"³.

2- تعريف الإجهاض اصطلاحاً:

تباينت التعاريف الموضوعة لاصطلاح الإجهاض، واختلفت بين فقهاء الشرع والأطباء والقانونيين، وعليه فستولى بحث مفهوم الإجهاض لدى كل طائفة منها وفق التالي:

أ- التعريف الطبي للإجهاض:

انقسم الرأي الطبي في تعريفه للإجهاض على وجوه عدة تبعاً لاختلافهم في تقدير مرحلة القابلية للحياة لدى الجنين، ومنه فقد عرّف فريق منهم الإجهاض بأنه: "خروج محتويات الرحم قبل مرور ثمانية وعشرين أسبوعاً، لعدم إمكان المعيشة قبلها"⁴.

ولأن المشاهدات الإكلينيكية أثبتت إمكان عيش الجنين لأقل من هذه المدة، فإن فريقاً آخر من الأطباء رأى حدّ الإجهاض بـ: "خروج محتويات الرحم قبل عشرين أسبوعاً"؛ إذ يعتبر نزول الحمل بعدها ولادة قبلية⁵.

وقد تعضد هذا الرأي بحكم المحكمة العليا الأمريكية باعتبار الجنين قابلاً للحياة في فترة الحمل الثالثة التي تبدأ في الأسبوع 23، غير أن الرأي الأول يعد الأقرب إلى مذهب الفقهاء، على ما سيتبين في بنود قادمة بعون الله⁶.

ب- التعريف الفقهي للإجهاض:

1- الفراهيدي، الخليل: العين، مرجع سابق، ج3، ص384. الهروي، ابن منصور: تهذيب اللغة، مرجع سابق، ج6، ص23. ابن منظور، لسان العرب، ج7، ص131.

2- ابن سيده، أبو الحسن: المحكم والمحيط الأعظم، مرجع سابق، ج4، ص149. ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج7، ص132. الزبيدي: تاج العروس، دار الهداية، ج18، ص280.

3- أبو حبيب، سعدي، القاموس الفقهي، مرجع سابق، ص72. الزيات، أحمد وآخرون: المعجم الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص398.

4- البار، محمد علي: خلق الإنسان بين الطب و القرآن، مرجع سابق، ص325. الأيوبي، صلاح الدين: الإجهاض، مجلة الوعي الإسلامي، جمادى الأولى، ع417، ص63. رحيم: إبراهيم بن محمد: أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي، سلسلة الحكمة، بريطانيا، ط1، 2002، ص83.

5- البار، محمد علي: مشكلة الإجهاض، الدار السعودية، ط1، السعودية، 1985، ص10.

6- إدريس، عبد الفتاح محمود: الإجهاض من منظور إسلامي، مجلة الحكمة، بريطانيا، ع9، صفر 1417، ص119.

اصطلح الفقهاء القدامى - غير الشافعية¹ - على استعمال مرادفات الإجهاض الذي ظل عندهم مقصورا على معناه اللغوي المنحصر في الإسقاط الحاصل للناقة، ومنه فقد استعمل لفظ الإسقاط والإلقاء والطرح و الاملاص² ، كما عبروا عنه بلفظ الجناية على الجنين، غير أنهم لم يوردوا له تعريفا محمدا، وعليه فسوف نتلمس مفهوم الإجهاض لدى العلماء المحدثين والباحثين المعاصرين وأشهرهم:

- محمد سلام مذكور: " إخراج الحمل من الرحم في غير موعده الطبيعي، عمدا وبلا ضرورة بأي وسيلة من الوسائل"³.

- سعد الدين الهاللي: " خروج الجنين من المرأة قبل أوانه، بما يؤدي بجنابة غالبا"⁴.

- الصديق محمد الأمين الضيرير: " إخراج الحمل من الرحم قبل أن يصبح قابلا للحياة في خارجه"⁵.

- جمال أحمد الكيلاني: " إسقاط الجنين من بطن أمه بفعل منها أو من غيرها"⁶.

والملاحظ على أن هذه التعاريف اختصت ببيان الصورة الأكثر شيوعا للإجهاض والمتمثلة في خروج الحمل وإسقاطه من الرحم، غير أنها لا تشمل جزء الصورة الأخرى له، والمتمثلة في بقاء الحمل داخل الرحم مع حصول امتناع حياته بفعل خارجي، سواء كان من الأم أم غيرها. فالعبرة في ذلك بالجنابة والاعتداء الحاصل على الحمل داخل الرحم، وما خروجه إلا مظهر ونتيجة لهذا التعدي. ولذلك فالتعريف الأمثل و الأشمل للإجهاض - بحسب الباحث - هو: الإيداء بالحمل داخل الرحم قبل تمام خروجه بفعل من الأم أو غيرها.

ج- التعريف القانوني للإجهاض:

لم يتطرق المشرع الجزائري لتعريف الإجهاض الذي نظم أحكامه بالمواد 304 - 313 من قانون العقوبات والتي اقتصر فيها على بيان الأحوال الجرمية و أركانها، وضوابط الإعفاء من العقوبات المقررة

¹ - الشافعي: الأم، مرجع سابق، ج6، ص117 وما بعدها. المارودي: الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج12، ص392. الجويني: نهاية المطالب، مرجع سابق، ج4، ص43.

² - ابن فرقد الشيباني: الأصل، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، د.ط، د.ت، ج4، ص462. السرخسي: المبسوط، مرجع سابق، ج4، ص88 دج26، ص87، ابن أنس، مالك: المدونة، مرجع سابق، ج1، ص44. ابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة، مرجع سابق، ص19. ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج4، ص174 وج8، ص404.

³ - رحيم: إبراهيم بن محمد: أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي، دار الحكمة، السعودية، ط1، 2002، ص87.

⁴ - الهاللي، سعد الدين: إجهاض جنين الاغتصاب، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، الكويت، 15، ع41، 2000، ص251.

⁵ - الضيرير، الصديق محمد الأمين: حكم الإجهاض في الشريعة الإسلامية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، سنة 05، ع07، 1412هـ، ص268.

⁶ - الكيلاني، جمال أحمد: حكم إجهاض الجنين المشوه، في الفقه الإسلامي، مجلة الأقصى بجامعة نجاح، فلسطين، ع2، 2005، ص382.

لذلك، كما لم يتعرض الاجتهاد القضائي الجزائري- فيما هو منشور من قراراته إلى تعريفه أو بيان ماهيته، وعليه فلا مناص من اللجوء إلى الفقه القانوني لبحث ماهية الإجهاض فيه على نحو ما عرفه به كل من:

- محمد صبحي نجم: " إسقاط الجنين من داخل أحشاء المرأة الحامل به قبل اكتماله وقبل الموعد الطبيعي المحدد لنزوله وولادته بأنه وسيلة أو طريقة كانت"¹

- رؤوف عبيد: " استعمال وسيلة صناعية تؤدي إلى طرد الجنين قبل موعد الولادة إذا تم بقصد إحداث هذه النتيجة"².

ويغلب على هذه الحدود عدم جامعيتها لكل صور الإجهاض - كما مر معنا سابقا مع التعاريف الفقهية- ولذلك وتفاديا لهذا الثلم فإن محكمة النقض المصرية عرفت جريمة الإجهاض على أنها كل "تعمد إنهاء حالة الحمل قبل الأوان"، وقضت بأنه متى "تم ذلك فإن أركان هذه الجريمة تتوافر ولو ظل الحمل في رحم الحامل بسبب وفاتها"³. وعلى هذا يكون الحد هو الأولى بالترجيح وفق النظرة القانونية الجزائية لشموله ومانعيته.

د- مراحل تخلق الجنين:

لما كانت المعرفة الفقهية متوقفة على حسن تصور النازلة، ودقة إدراك كنهها، فإن الخلوص إلى الأحكام الشرعية الضابطة لمحالّ الجزئيات المتعلقة بموضوع الإجهاض مرتبطة أشد الارتباط بالإحاطة بالمراحل الخلقية التي يتقلب فيها الجنين من طور إلى طور، و من خلق إلى خلق. ولذلك كان من الأجدى لإقامة التصور الفقهي على أسس متينة من الوضوح تتبع هذه المراحل و الأطوار، في ضوء ما نصت عليه الشواهد القرآنية و النصوص النبوية، و ما استقر عليه علم الطب الحديث، وفق التقسيم التالي:

- **مرحلة النطفة:** وتحصل بالتقاء ماء الرجل مع ماء المرأة في قناة فالوب، لتصير نطفة أمشاج " Fertilized Ovum"⁴ كما في قوله تعالى: ﴿ إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴾⁵، و هي مبتدأ تخلق الجنين من خلال آلية الانقسام الذي تباشره هذه الخلية المركبة، لتتحول بذلك إلى ما يشبه البيضة التوتية " Morula "، ثم إلى كرة خلوية تدعى الأريمة "Bastula"⁶، والتي تستقر

¹ - نجم، محمد صبحي: شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط5، 2004، ص 60.

² - السعيد، كامل: شرح قانون العقوبات، الجرائم الواقعة على الإنسان، دار الثقافة، الأردن، ط2، 2008، ص 349.

³ - قرار محكمة النقض المؤرخ في 27 ديسمبر 1970، مجلة المحاماة، مصر، السنة 21، شعبان 1418، ص 30 و 31.

⁴ - البار، محمد: خلق الإنسان، مرجع سابق، ص 367.

⁵ - [سورة الإنسان: الآية 02]

⁶ - إدريس، عبد الفتاح: الإجهاض من منظور إسلامي، مرجع سابق، ص 128 و 129. القحطاني، مسفر: إجهاض الجنين المشوه، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الكويت، الكويت، ع 54، 2003م، ص 168 و 169.

في الرحم وتنغرس في جداره، وتتصل بالدورة الدموية الرحمية عبره¹، وتستمر هذه المرحلة أربعين يوماً من أول يوم آخر طمث².

- مرحلة العلقة: تنمو خلايا الأرومة لتصبح علقة مكونة من لوحة خلوية تدعى الحميل " Embryonic Plate"، بين جوفين أحدهما يسمى الحمى "Yalk Sac"، والثاني الأمنيوس "Aminiotic Sac". وتضطرد العلقة في النمو في جدار الرحم باتجاه جوفه، ويأخذ الحميل شكل الدودة ذي ثلاث طبقات، و التي تبدأ في الاستعداد لتشكيل الأعضاء، فإذا بلغ اللوح الجنيني أربعين يوماً- تقريباً- انغلقت نهايته السفلية ثم العلوية، وتدلى في جوف الرحم بما يشبه دودة العلق ويكون طول الجنين في نهاية هذا الطور في حدود الخمسة سنتمترات³.

- مرحلة المضغة: ببداية هذا الطور يسكتمل الجنين استعداداً للتشكل والتخلق الإنساني، حيث تتوالى الكتل البدنية "Somites" في الظهور على كل جانب من محور الجنين، والتي تسهم في تكوين أعضاء الجنين وشكله⁴. ليكون مكتمل الأعضاء بتمام الأسبوع الحادي عشر وبداية الأسبوع الثاني عشر. وقد أخذ له شكل قطعة اللحم التي تمضغ، وفي هذه المرحلة يحصل التمايز والتصوير العضوي لأجهزة جسم الجنين؛ إذ يتشكل الجهاز العصبي والحويصلات السمعية والبصرية، وتظهر مولدات الغضاريف، والعضلات، والأدمة، وأصول الجهاز البولي والتناسلي، والقلب، والجهاز الهضمي، وبراعم الأطراف العلوية والسفلية، وتمر المضغة بطورين هما: المضغة غير المخلقة، حيث تتصور الأعضاء دون أن تظهر، ثم تتطور وتتخلق لتشكيل الأجهزة والأعضاء، وتلك هي المضغة المخلقة⁵، وتكتمل هذه المرحلة بظهور السمات الإنسانية واكتمال نمو الوجه⁶.

- مرحلة النشأة الأخرى: وفيها يتم تكون المخ والمناطق المخية العليا، والخلايا العصبية في فصي المخ⁷، وتكتمل تغذية العضلات بالأعصاب... وتستلم الأعصاب رسالتها من الدماغ، وتبدأ العضلات الإرادية بالتحرك على نحو ظاهر وتحس بها الأم الحامل⁸. ويضطرد وزن الجنين وحجمه، ويبدأ في ممارسة بعض الوظائف الحيوية؛ كالنوم والصحو والبلع والحركة والسمع، بفضل أجهزته العضوية التي تنتقل من الخمود إلى

¹- البار، محمد: خلق الإنسان، مرجع سابق، ص 235.

²- إدريس، عبد الفتاح: الإجهاض من منظور إسلامي، مرجع سابق، ص 131. البار، محمد: خلق الإنسان، مرجع سابق، ص 199 و200.

³- إدريس، عبد الفتاح: الإجهاض من منظور إسلامي، مرجع سابق، ص 131.

⁴- البار، محمد: خلق الإنسان، مرجع سابق، ص 247.

⁵- إدريس، عبد الفتاح: الإجهاض من منظور إسلامي، مرجع سابق، ص 133.

⁶- البار، محمد: خلق الإنسان، مرجع سابق، ص 353.

⁷- القحطاني، مسفر: إجهاض الجنين المشوه، مرجع سابق، ص 170.

⁸- البار، محمد: خلق الإنسان، مرجع سابق، ص 353.

الفعالية والنشاط، كما تتشكل للجنين أحباله الصوتية، وتنغلق بطنه، ويتخلق له الدم من مخ العظام والكبد¹، ليصبح بذلك خلقاً إنسانياً متكامل النشأة والإحساس والفكر والتخيل². وتستمر هذه المرحلة حتى ميعاد الوضع.

و- زمن نفخ الروح:

للعلماء في مسألة تقدير زمن نفخ الروح قولان:

- **المذهب الأول:** اتفقت كلمة الفقهاء الأقدمين على أن ميعاد نفخ الروح في الجنين يكون بعد تمام الأربعة أشهر الأولى من الحمل، كما نقل ذلك القرطبي، والقاضي عياض، وابن عابدين، والنووي، وابن حجر وغيرهم³. واستندوا في ذلك بظاهر الحديث الصحيح المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه أن النفخ يكون بعد الأربعينيات الثلاث فقد روى البخاري عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: حدثنا رسول الله ﷺ وهو الصادق المصدق قال: « إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً، ثم يكون علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يبعث الله ملكاً فيؤمر بأربع كلمات، ثم ينفخ فيه الروح»⁴. فقله ﷺ: «ثم ينفخ فيه الروح» تعقيب منه ﷺ على المراحل الثلاث التي يستغرق كل منها - على حدى - أربعين يوماً فكان المجموع مئة و عشرين يوماً أو أربعة أشهر تامة.

- **المذهب الثاني:** يرى أن زمن نفخ الروح في الحمل يكون في الأربعين الأولى للحبل، وهو مذهب بعض العلماء المعاصرين، واستندوا في ذلك إلى:

- رواية ثانية لابن مسعود رضي الله عنه قال فيها حدثنا رسول الله ﷺ وهو الصادق المصدق: «إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً، ثم يكون في ذلك علقة مثل ذلك، ثم يكون في ذلك مضغة مثل ذلك، ثم يرسل الملك فينفخ فيه الروح، ويؤمر بأربع كلمات؛ يكتب رزقه، وأجله، وعمله، وشقي أو سعيد»⁵.

- عن حذيفة بن أسيد رضي الله عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا مر بالنطفة ثتان و أربعون ليلة، بعث الله إليها ملكاً، فصورها وخلق سمعها وبصرها وجلدها ولحمها وعظامها ثم قال: يارب أذكر أم أنثى،

¹ - إدريس، عبد الفتاح: الإجهاض من منظور إسلامي، مرجع سابق، ص 133.

² - البار، محمد: خلق الإنسان، مرجع سابق، ص

³ - القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج 12، ص 08. ابن حجر: فتح الباري، مرجع سابق، ج 11، ص 481. النووي: المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، مرجع سابق، ج 16، ص 191. ابن عابدين: رد المحتار، مرجع سابق، ج 1، ص 302.

⁴ - البخاري: الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب بدء الخلق، باب ذكر الملائكة، ج 4، ص 111.

⁵ - مسلم: صحيح مسلم، مرجع سابق، كتاب القدر، باب كيفية خلق آدمي في بطن أمه، ج 4، ص 2036.

فيقضي ربك ما شاء، ويكتب الملك، ثم يقول يا رب أجله، فيقول ربك ما شاء ويكتب الملك، ثم يقول يا رب رزقه، فيقضي ربك ما شاء ويكتب الملك، ثم يخرج الملك بالصحيفة في يده، فلا يزيد على أمر ولا ينقص»¹.

فالحاصل من الحديثين أن الخلق والتصوير والتقدير يكون بعد الأربعين الأولى، و أن أطوار الإنشاء الثلاث؛ (نطفة، علقة، مضغة) كائنة داخل هذا الحيز الزماني، وهو مقصوده ﷺ من قوله في الحديث الأول " في ذلك" عقب كل طور².

وإلى هذا الرأي ذهب كل من عبد الجواد الصاوي، وعبد المجيد الزنداني، وشرف القضاة، وعللوا ذلك بأن القول الأول مصادم للحقائق العلمية المعتمدة في علم الأجنة الحديث، الذي يؤكد أن المراحل الخلقية الثلاث للجنين تقع في الأربعينية الأولى، ومادام الاتفاق حاصلًا بين علماء المسلمين على أن الجنين تنفخ فيه الروح بعد اكتمال دور المضغة المنتهية في الأربعين يوما الأولى، بنص رواية مسلم لحديث جمع الخلق، وحديث حذيفة بن أسيد، فإن النفخ واقع قطعًا بعد هذه الأربعين³.

غير أنهم اختلفوا في تحديد زمن هذا النفخ فقال الصاوي بأنه بعد الأسبوع الثامن، لحصوله مقترنا بالتسوية الخلقية الواردة في قوله تعالى: ﴿ثُمَّ سَوَّاهُ وَنَفَخَ فِيهِ مِنْ رُوْحِهِ﴾⁴، والتي ترد تبعًا لمرحلة الخلق مباشرة؛ لقوله تعالى: ﴿الَّذِي خَلَقَكَ فَسَوَّاكَ فَعَدَلَكَ﴾⁵، بينما قدره الزنداني بأنه بعد الأربعين الثانية⁶.

-الترجيح:

والذي يتبين من هذه المسألة أن القطع فيها لا يجب أن يخرج عن دائرة السند الشرعي، لأنها قضية غيبية صرفة، ولما ثبت أن الاختلاف واقع بين روايات هذا السند الشرعي فإن اللازم هنا هو الاحتكام للقواعد المقررة لمختلف الحديث، و التي تقضي بأولوية التوفيق، على الأخذ بالترجيح ودفع المرجوح، فإنه يمكن القول:

¹ - مسلم: صحيح مسلم، مرجع نفسه، كتاب القدر، باب كيفية خلق آدمي في بطن أمه، ج 4، ص 2037.

² - الكيلاني، جمال أحمد: حكم إجهاض الجنين المشوه، مرجع سابق، ص 380 و381.

³ - الصاوي، عبد الجواد: أطوار الجنين و نفخ الروح، مجلة الإعجاز العلمي، السعودية، ع8، يناير 2001، ص11. القضاة، شرف: متى تنفخ الروح في الجنين، مجلة دراسات، الأردن، مج13، ع12، 1986م، ص59.

⁴ - [سورة السجدة: الآية 04]

⁵ - [سورة الانفطار: الآية 07]

⁶ - موفعة، سعيد: الموسوعة الفقهية للأجنة والاستنساخ البشري، دار الإيمان، مصر، ط1، 2005م، ج1ص406.

- أنه لا يوجد تعارض بين النصوص النبوية في تحديد ميعاد زمن النفخ، وإنما الخلاف مقتصر على تقدير زمن كتابة القدر، والتخليق، والتصوير. وقصارى ما في رواية مسلم من حديث ابن مسعود رضي الله عنه أن نفخ الروح يقع على التراخي بعد الأطوار الثلاثة، وذلك ما تفيدته لفظة العطف " ثم " الواردة بالحديث " ثم ينفخ فيه الروح "، ولا يمنع ذلك قطعاً حصول النفخ بعد الأربعين الثالثة.

- يمكن تفسير معنى تداخل المدد الثلاثة الواردة بحديث ابن مسعود رضي الله عنه في صحيح مسلم باعتبار أصل تكوينها الواقع معنى في تلك الفترة، وليس مقصود الكلام حقيقة هذا الوجود أو كماله¹.

- اتفاق القرآن الكريم مع حديث ابن مسعود رضي الله عنه الوارد في البخاري من أن النفخ متراخ إلى ما بعد الأسبوع السادس من الحمل بزمن ليس بالقصير، فقوله تعالى ﴿ ثُمَّ خَلَقْنَا النَّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظْمًا فَكَسَوْنَا الْعِظْمَ لَحْمًا ثُمَّ أُنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ ﴾² يفيد أن مرحلة إنشاء الخلق الآخر التي فسرها العلماء بنفخ الروح³ لا تكون إلا بعد خلق العظام وكسوتها باللحم بفترة، كما تدل عليه لفظة "ثم"، ومن المتأكد أن ذلك " لا يكون في الأيام الأربعين الأولى من عمر الجنين - بحسب نص القرآن - لا يمكن أن يكون فور تمام الأسبوع السادس من عمر الجنين، ولا بعد ذلك بأيام، وإنما ينبغي أن يكون بعد تكون العظام وكسوتها بالعضلات، وأن يكون بعد ذلك بفترة تناسب اللفظة القرآنية وهي لفظة " ثم " التي تقتضي التراخي⁴.

- إن تأول أصحاب الرأي الثاني لعبارة " في ذلك " الواردة بحديث ابن مسعود من رواية مسلم فيها تكلف ولي، لا تسنده أصول اللغة، ولا قواعد السياق ليستقيم معه معنى الكلام النبوي الذي تضمن اسمان للإشارة؛ " في ذلك"، و" مثل ذلك"، ولا بد لهما من عائد يعود عليه كل منهما مما ذكر قبلاً، والأمور المذكورة قبلاً هي: الظرف الزماني " أربعين يوماً"، والظرف المكاني " بطن الأم"، ونائب الفاعل للفعل " مجمع" وهو خلق الإنسان، فضلاً عن الإنسان المعبر عنه بلفظة " أحدكم". فإذا افترضنا أن يرجح اسم الإشارة الأول هو الظرف الزماني " أربعين يوماً"، فأى باقي الأمور يصلح مرجعاً لاسم الإشارة الثاني؟ والإجابة عن هذا الإشكال تقودنا إلى القول بأن: "الظرف الزماني لا يمكن أن يكون مرجعاً للإشارتين في آن واحد، وأما

¹- موفعة، سعيد: الموسوعة الفقهية للأجنة والاستنساخ البشري، مرجع سابق، ص 409.

²- [سورة المؤمنون: الآية 14]

³- الطبري: تفسير الطبري، مرجع سابق، ج 19، ص 17. الزجاج: معاني القرآن وإعرابه، عالم الكتب، لبنان 1، 1988م، ج 4، ص 09. السمعاني: تفسير القرآن، مرجع سابق، ج 3، ص 467. البغوي: معالم التنزيل، دار طيبة للنشر والتوزيع، السعودية، ط 4، 1994م، ج 5، ص 412. القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج 12، ص 109.

⁴- ياسين، محمد نعيم: حقيقة الجنين و حكم الانتفاع به في زراعة الأعضاء، مجلة الشريعة و الدراسات الإسلامية، الكويت، مج 7، ع 17، 1990، ص 94.

الظرف المكاني فلا يمكن أيضا؛ لأن المعنى يصير " ثم يكون خلق أحدكم في تلك الأربعين مثل بطن أمه "، وهو غير مستقيم، وكذلك لا يصح أن يكون مرجعه نائب الفاعل؛ لأن المعنى يصبح... " ثم يكون خلق أحدكم في الأربعين مثل خلق أحدكم"، وهو غير سليم أيضا، وكذلك الحال إرجاع الإشارة إلى " أحدكم"، فبقي أن يقال: ألا يمكن أن يكون المرجع هو المصدر المفهوم من قوله " يجمع خلقه"، والجواب أن ذلك غير ممكن أيضا؛ لأنه يؤدي إلى التناقض بين معنى العبارة الأولى "إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوما"، وبين العبارة التي تليها؛ إذ يصبح المعنى " ثم يكون خلق أحدكم في تلك الأربعين علقة مثل ذلك الجمع"، والمعنيان لا يلتقيان¹

ومن كل ذلك يخلص الباحث إلى الرأي الذي أطبقت عليه كلمة فقهاء السلف، وتلقاها بالقبول باقي العلماء، حتى أضحت أشبه بالعقيدة فهي الأقرب بالصواب، والأولى بالتسليم والأخذ والله أعلم.

ثانيا- حكم الإجهاض:

اختلفت كلمة الفقه والقانون بشأن إجهاض الأجنة تبعا لنوع الإسقاط الواقع عليها؛ فيما إذا كان اختياريا أو اضطراريا، وتبعا للزمن الواقع فيه؛ فيما إذا كان قبل نفخ الروح أم بعده، وعليه فستقتضى هذه الأحكام الشرعية بحسب هذه الأوضاع وفق التالي:

1- الإجهاض الاختياري:

والمقصود به: " إفراغ محصول الحمل بدون استئطاب عادل لغايات اجتماعية أو اقتصادية؛ كالرغبة في عدم تكثير الأولاد، ولعدم القدرة على الإنفاق عليهم، وكانخراط المرأة في العمل؛ حيث يشكل الحمل عائقا للخروج والقيام بواجباتها. وقد يكون له دافع أخلاقي كالحمل غير المشروع مما يدفع المرأة للإجهاض خوفا من الفضيحة، كما أن هناك دوافع تحسينية هدفها الحصول على حمل أفضل من التشوهات والإعاقات عند تأثير الأدوية أو الأشعة على المرأة الحامل، وقد يكون الدافع هو الحفاظ على جمال المرأة و أناقتها..."².

أ- حكم الإجهاض الاختياري في الفقه:

وللوقوف على حكمه الشرعي ينبغي تفصيل النظر فيما إذا كان الإجهاض حاصلا قبل النفخ أم بعده أولا، لتتطرق بعدها إلى أشهر صورته ثانيا:

1- ياسين، محمد نعيم: حقيقة الجنين وحكم الانتفاع به، مرجع سابق، ص 96.

2- الكيلاني، جمال أحمد: حكم إجهاض الجنين المشوه، مرجع سابق، ص 383.

– حكم الإجهاض الاختياري قبل نفخ الروح:

تباينت كلمة الفقهاء بشأن التسبب بإسقاط الجنين من دون مسوغ شرعي أو ضرورة ملجئة إلى خمسة مذاهب:¹

– **المذهب الأول:** يرى أصحاب هذا الرأي أن الماء الذي ينغلق عليه الرحم و يستقر فيه يكتسب حرمة تمنع العدوان عليه، أو الجناية به، لأنه أصل الحياة، ومآله إليها فيأخذ حكم الحي في إيجاب الضمان بإتلافه، كما يجعل بيض الصيد في حق المحرم في إيجاب الجزاء عليه بكسره، وهذا الرأي هو المعتمد عند المالكية²، وبه أخذ بعض الحنفية، غير أنهم عدوه دون إثم القتل³، وهو قول الغزالي من الشافعية⁴، و ابن الجوزي من الحنابلة⁵، وقد نقل الشيخ الدردير في شرحه الكبير أنه: " لا يجوز إخراج المني المتكون في الرحم ولو قبل الأربعين يوماً، وإذا نفخت فيه الروح حرّم إجماعاً"⁶، وعلق عليه الدسوقي بقوله " ولو قبل الأربعين، هذا هو المعتمد"⁷، وذكر الزرقاني الاتفاق عليه⁸.

والقائلون بهذا الرأي يمنعون – بالأولى – التسبب في إجهاض العلقة و المضغة، كما صرح بذلك الغزالي في إحيائه في معرض كلامه عن العزل، فقال: " و ليس هذا كإجهاض الوأد، لأن ذلك جناية على موجود حاصل وله أيضا مراتب، وأول مراتب الوجود أن تقع النطفة في الرحم، وتختلط بماء المرأة وتستعد لقبول الحياة، وإفساد ذلك جناية، فإن صارت مضغة وعلقه كانت الجناية أفحش، وإن نفخ فيه الروح واستوت الخلقه ازدادت الجناية تفاحشا، ومنتهى التفاحش في الجناية بعد الانفصال حياً"⁹.

¹ – إدريس، عبد الفتاح محمود: الإجهاض من منظور إسلامي، مرجع سابق، ص 135.

² – الصاوي: بلغة السالك، مرجع سابق، ج 2، ص 420. الخرشبي: شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج 3، ص 225.

³ – نقل ابن عابدين هذا القول عن الفقه علي بن موسى الحنفي، الكراهة التحريمية لذلك وهو قول ابن وهبان. ابن عابدين: رد المحتار، مرجع سابق، ج 3، ص 176.

⁴ – الغزالي: إحياء علوم الدين، مرجع سابق، ج 2، ص 51.

⁵ – ابن الجوزي: أحكام النساء، مرجع سابق، ص 185.

⁶ – الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 2، ص 266 و 267.

⁷ – الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع نفسه، ج 2، ص 267.

⁸ – الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر خليل، مرجع سابق، ج 3، ص 400.

⁹ – الغزالي: إحياء علوم الدين، مرجع سابق، ج 2، ص 51.

-المذهب الثاني: ويرى أصحابه جواز إسقاط الجنين إذا كان نطفة دون العلقة أو المضغة اللتان يحرم فيهما الإجهاض، وبه قال جمع من الشافعية؛ إذ الإسقاط عندهم منوط ببدء التخلق والذي لا يكون إلا بعد الأربعين يوماً، أو الاثنتين والأربعين يوماً، كما هو في حديث مسلم، أما المني حال نزوله وقبل الاستقرار في الرحم وأخذه في مبادئ التخلق فهو محض جماد لم يتهيأ للحياة بوجه¹. ووافقهم في ذلك اللخمي من المالكية الذي يرى جواز التسبب في إسقاط الماء قبل الأربعين يوماً من الوطاء بخلاف ما فوقها².

وعلى هذا الرأي بعض فقهاء الحنابلة الذين يرون للزوجة جواز شرب الدواء لإسقاط النطفة، بخلاف ما إذا ألقته مضغة، و شهدت ثقة من القوابل أن فيه صورة خفية، ففيه الغرة³.

- المذهب الثالث: يرى من ذهب إليه أن الإسقاط لا يكون جائزاً إلا ما كان دون المضغة، وإلا حرم، وبذلك أخذ أبو بكر الفرائي من الشافعية، كما نقل عنه الكرابيسي لما استفتى في رجل سقى جارية شراباً لتسقط ولدها، فقال: "ما دامت نطفة أو علقة فواسع له ذلك"⁴.

- المذهب الرابع: ذهب بعض الحنفية إلى جواز المعالجة في استنزال الحبل ولو كان علقة أو مضغة ما لم يتخلق، لأنه ليس بآدمي وذلك ما لم يتم له مائة وعشرون يوماً التي يستبين بها التصوير والتخطيط⁵.

وقد علق كمال الدين بن الهمام على هذا الرأي بقوله " وهذا يقتضي أنهم أرادوا بالتخليق النفخ وإلا فهو غلط، لأن التخليق يتحقق بالمشاهدة قبل هذه المدة"⁶.

- المذهب الخامس: ذهب ابن عقيل الحنبلي في فنونه إلى جواز إسقاط الجنين مطلقاً ما لم تنفخ فيه الروح⁷، وقد أسس تفسيره للوآد المحرم بما تحل فيه الروح، فلا تسأل المؤودة إلا إذا بعثت ولا بعث إلا لما حلت فيه الروح، فلما امتنع ذلك جاز الإسقاط فيها ولم يحرم⁸، وفي الفروع عن الفنون: "إنما

¹ ابن حجر، أحمد: تحفة المحتاج، مرجع سابق، ج8، ص 241. الجمل، سليمان: حاشية الجمل، دار الفكر، لبنان، د.ط، د.ت، ج4، ص447.

² الخطاب: مواهب الجليل، مرجع سابق، ج3، ص 447. الونشريسي: المعيار المعرب، مرجع سابق، ج1، ص449.

³ المرادوي: الإنصاف، مرجع سابق، ج1، ص386. ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج8، ص 406.

⁴ الرملي: نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج8، ص 442. الدميري، كمال الدين: النجم الوهاج في شرح المنهاج، دار المنهاج، السعودية، ط1، 2004م، ج8، ص194

⁵ الزيلعي: تبين الحقائق، مرجع سابق، ج2، ص166. ابن نجيم: البحر الرائق، مرجع سابق، ج3، ص215.

⁶ ابن الهمام، كمال الدين: فتح القدير، مرجع سابق، ج3، ص386 و401.

⁷ المرادوي: الإنصاف، مرجع سابق، ج1، ص386.

⁸ إدريس، عبد الفتاح: الإجهاض من منظور إسلامي، مرجع سابق، ص 139.

المؤودة بعد التارات السبع، وتلا: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِّن طِينٍ﴾¹، إلى قوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ﴾²، قال: "وهذا حلتته الروح، لأن ما لم تحله لا يبعث، فقد يؤخذ منه لا يجرم إسقاطه، وله وجه"³.

- **الترجيح:** الراجح- بحسب ما عنّ للباحث من هذا السجّل الفقهي العريض- أن إعمال فقه التحوط ومراعات مآلات الأفعال التي ستؤول إليها بفعل الدم المنخرمة و الأخلاق المبتذلة اليوم و المقاصد العظيمة الناجمة عن ذلك كله، يقتضي القول برأي المذهب الأول القائلين بالمنع مطلقاً، لأن الاعتداء على نطفة الأمشاج، وهي مبتدأ الخلق بنص القرآن اعتداء على حياة موجودة مستيقنة، وإفسادها جنائية مؤكدة الأركان بينة الجوانب، وإن لم تنفخ في الأمشاج الروح. وتتفاحش هذه الجنائية إذا كانت علقمة فمضغة، فإذا نفخت الروح كان الإفساد والإثم أيقن وأبين على من تسبب في ذلك طبيياً كان أم امرأة أم زوجاً، لأن " الحياة في الجنين موجودة منذ التقاء المني مع البويضة وامتزاجهما لتكوين الخلية الأولى للإنسان والمسمّاة بالنطفة، وأن هذه النطفة حية فهي تتغذى وتتنفس وتنمو إلا أن ذلك بلا إرادة أو اختيار لعدم نفخ الروح فيها بعد، ولهذا فإن العدوان على هذا الجنين وهو في بداية تكوينه هو استئصال لحياته المستمرة والنامية"⁴.

- حكم الإجهاض الاختياري بعد نفخ الروح:

اتفقت كلمة فقهاء الشريعة على حرمة الاعتداء على الجنين بعد نفخ الروح فيه، وهو-عند الأغلب منهم- من مضت له مئة وعشرون يوماً من بدء الحمل، فالتسبب لإسقاطه من غير علة أو باعث معتبر شرعاً يعد جنائية آثمة، وقتلاً عمداً لنفس بالإجماع، كما حكى ذلك ابن العربي والدردير من المالكية⁵ وغيرهم⁶ من العلماء، لمخالفتها لقواعد النصوص القرآنية، وشواهد الأحاديث النبوية. فالنص القرآني صريح في منع التعدي على النفس الإنسانية الحية، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾⁷، وقوله أيضاً: ﴿مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ

¹ - [سورة المؤمنون: الآية 12]

² - [سورة المؤمنون: الآية 14]

³ - البهوتي، منصور: كشاف القناع، مرجع سابق، ج1، ص 220، ابن مفلح، شمس الدين: الفروع، مرجع سابق، ج1، ص 393.

⁴ - الكيلاني، جمال: حكم إجهاض، مرجع سابق، ص 389.

⁵ - القرافي: الذخيرة، مرجع سابق، ج4، ص419. الدسوقي: حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج2، ص267.

⁶ - ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، مرجع سابق، ج3، ص400.

⁷ - [سورة الإسراء: الآية 33]

نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا¹، وهو من الواد المحذور الذي قال فيه تعالى: ﴿وَإِذَا الْمَوْءُودَةُ سُئِلَتْ بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ﴾²، وأما النص النبوي فقد ثبت في الصحيح أن النبي ﷺ فيما يرويه عنه أبو هريرة رضي الله عنه قال: «اجتنبوا السبع الموبقات، قالوا: يا رسول الله وما هن؟ قال: الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات المومنات»³.

وقد أوجب الشارع فيه الدية غرة إذا انفصل عن أمه ميتا، لقضاء النبي ﷺ كما في الصحيح عن أبي هريرة - رضي الله عنه في جنين امرأة من بني لحيان سقط ميتا بغرة عبد أو أمة، ثم إن المرأة التي قضى لها بالغرة توفيت، «فقضى رسول الله ﷺ بشأن ميراثها لبنيتها وزوجها، وأن العقل على عصبتها»⁴.

وهو عين قضاء عمر رضي الله عنه في المرأة التي أملست، فقال المغيرة بن شعبة رضي الله عنه: «شهدت النبي ﷺ قضى فيه بغرة عبد أو أمة، فقال عمر رضي الله عنه: ائني بمن يشهد معك، فشهد محمد بن مسيلمة رضي الله عنه»⁵. وهذا ما أطبقت عليه كلمة أئمة الفقه الأربعة حنفية ومالكية وشافعية وحنابلة⁶، فإن ألفت المرأة الجنين حيا، ثم مات فالدية كاملة لأنه إتلاف لأدمي ثبتت حياته بالاستهلال⁷.

ب- حكم الإجهاض الاختياري في القانون:

اعتبر التشريع الجزائري الاعتداء على الأجنة وإسقاطها جريمة يعاقب عليها القانون وفق نصوص القسم الأول من الفصل الثاني المتعلق بالجنايات والجرح ضد الأسرة والآداب العامة، من قانون العقوبات الجزائري. حيث نظم الأوضاع الجرمية، والأركان المبتناة عليها، والعقوبات المرصودة لها بالمواد 304-313.

¹ - [سورة المائدة: الآية 32]

² - [سورة التكوير: الآية 08 و09]

³ - البخاري: الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب الوصايا، باب قول الله تعالى ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا..﴾، ج 04، ص 10.

⁴ - البخاري: الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب الفرائض، باب ميراث المرأة و الزوج مع الولد وغيره، ج 8، ص 152.

⁵ - مسلم: صحيح مسلم، مرجع سابق، كتاب القسامة، باب دية الجنين، ج 3، ص 1311.

⁶ - الكاساني: بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 7، ص 325، ابن أبي زيد: النوادر و الزيادات، مرجع سابق، ج 13، ص 463. الشافعي: الأم،

مرجع سابق، ج 6، ص 115. ابن قدامة: الكافي في فقه أحمد، مرجع سابق، ج 4، ص 19.

⁷ - السمرقندي، أبو بكر: تحفة الفقهاء، مرجع سابق، ج 3، ص 118. ابن أنس، مالك: المدونة، مرجع سابق، ج 4، ص 631. الجويني: نهاية

المطلب، مرجع سابق، ج 16، ص 616. ابن قدامة: الكافي في فقه أحمد، مرجع سابق، ج 4، ص 20.

ولتفصيل القول في ذلك، نبحت في هذا البند، الأصول العامة التي يتأسس عليها الفعل الجرمي للإسقاط أولاً، ثم عقوبة الإجهاض ثانياً:

- الأركان العامة لجريمة الإجهاض:

تقوم جريمة الإجهاض على جملة أركان تتعلق بمحل الجرم والمتمثل في الحمل، والركن المادي المتمثل في النشاط الإجرامي، فضلاً عن القصد الجنائي الذي يمثل الركن المعنوي.

1- محل الجريمة: لا تقع جريمة الإجهاض إلا على امرأة حبلية، لأن محل الاعتداء فيها قائم على حق الجنين في الحياة مستقبلاً، فالمفترض في جرم الإسقاط أن تكون رحم المرأة زمن الاعتداء مشغولة بحمل، ليقع عليه فعل الإجهاض بطرده من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته، ما يفضي في الغالب إلى وفاته، أو قتله في الرحم¹. ويتبدى زمن هذا الاشتغال الرحمي منذ لحظة التلقيح إلى أن تتم الولادة أو لحظة بدئها²، فلا يشترط تشكيل الجنين أو تحلقه وتصوره في هيئة إنسانية تامة، أو أن تدب فيه الحياة والحركة، بل يكفي لقيام هذا الركن المفترض تحقق الحمل ضمن هذا الأجل الزمني³.

2- الركن المادي: يتأسس الركن المادي لجريمة الإسقاط على الفعل المادي، والنتيجة الجرمية، والرباط السببي بينهما:

- **فعل الإسقاط:** هو كل نشاط من شأنه أن يؤدي إلى إنهاء حالة الحمل بموته، أو خروجه من الرحم قبل الموعد الطبيعي بنمو غير مكتمل. وليست بذات أهمية نوع الوسيلة المستخدمة في الجريمة، فقد تكون باستخدام أدوية ومشروبات، أو مأكولات، أو عقاقير طبيعية، أو حقن طبية، أو آلات ميكانيكية، أو باستعمال العنف؛ كالففز من مكان مرتفع، أو ممارسة رياضة عنيفة، أو حمل أثقال، أو التدليك، أو الحمامات الساخنة، أو بارتداء ملابس ضيقة، أو ممارسة الرقص العنيف، و ما إلى ذلك من الوسائل والطرق... مما هو منصوص بالقانون الجنائي⁴، سيما المادة 304 والتي جاء فيها: "كل من أجهض امرأة حاملاً أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات، أو مشروبات، أو أدوية، أو باستعمال طرق أو أعمال عنف، أو بأية وسيلة...". وكذا المادة 306 التي تنص على أن: "الأطباء،

¹ - نجم، محمد صبحي: شرح قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص 61. براف، دليلة: الإجهاض في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات الجزائري، مجلة البحوث العلمية و الدراسات الإسلامية، الجزائر، سنة 03، ع03، 2007، ص 308.

² - يذهب فريق من الفقه الجنائي إلى الحياة الجنينية لا تنتهي مع نهاية مرحلة الوضع بل تتخذ - حسبهم - بداية إحساس الأم بالأم المحاض التي تنشأ عن تقلصات في عضلات الرحم و انقباضها لإخراج الجنين من الرحم لتبدأ بعد ذلك مباشرة الحياة العادية للإنسان و التي تكون محمية بقواعد أخرى غير قواعد الإجهاض، ينظر: ساطور، منصور: الإجهاض في الفقه الإسلامي و القانون، دار المنار، مصر، د ط، 1995، ص 47.

³ - درة، ماهر: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، المكتبة القانونية، مصر، د ط، د، ت، ص 216.

⁴ - نجم، محمد صبحي: شرح قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص 61 و 62.

والقابلات، أو جراحو الأسنان، أو الصيادلة، وكذلك طلبة الطب، أو طب الأسنان، وطلبة الصيدلة، ومستخدمو الصيدليات، ومحضرو العقاقير، وصانعوا الأربطة الطبية، وتجار الأدوات الجراحية، والممرضون والممرضات، والمدلكون والمدلكات، الذين يرشدون عن طرق إحداث الإجهاض أو يسهلونه أو يقومون به..."

ويستوي في الوسيلة أن يكون مستخدمها هو الحامل نفسها؛ أين تعتبر فاعلة أصيلة، أو أن يكون المستخدم لها هو الغير، وسيان في ذلك أتم الأمر برضاها واختيارها لنوع الأداة وطبيعة الوسيلة؛ فتكون شريكة في الجرم أم لا، فالمادة 309 من قانون العقوبات تنص على تجريم كل تلك الصور بنصها على أن: "تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 250 إلى 1000 دينار المرأة التي أجهضت نفسها عمدا، أو حاولت ذلك، أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها، أو أعطيت لها لهذا الغرض".

- النتيجة الجرمية: لكي تتحقق الجريمة يجب أن يفضي الفعل الجرمي إلى إحداث النتيجة المجرمة قانونا، و المتمثلة في إنهاء حالة الحمل قبل ميعادها الطبيعي، والتي يمكن أن تأخذ صورا ثلاثا هي:¹

1- خروج الجنين ميتا من الرحم قبل الوقت الطبيعي للولادة عادة.

2- خروج الجنين حيا من الرحم خارج الموعد المعتاد للولادة الطبيعية، فتقوم الصورة الجرمية هنا بسبب حصول الاعتداء على حق الجنين في النمو الطبيعي والولادة، ويتحقق ذلك بمجرد إخراجه من الرحم مادام قبل موعده الطبيعي ولو كان حيا، لأن في ذلك الإخراج عن المكان الطبيعي لنموه إضرارا خطيرا به و تعريضا له للهلاك بسبب عدم تهيئه للعيش خارجه إلا فيما ندر.

3- موت الجنين في رحم الأم، فتحقق النتيجة الجرمية لفعل الإجهاض بإنهاء الحمل، وتوقف النمو الطبيعي للجنين ولو ظل داخل رحم أمه و لم يسقط خارجه، أما إذا تسبب الفعل الجرمي في موت الأم وموت الجنين داخل رحمها، فإن المسألة الجنائية تتجه إلى المتابعة على القتل العمد إذا اتجهت إرادة الجاني إلى ذلك، أو الإجهاض المفضي إلى الموت إذا لم يقصد قتل الأم.

بيد أنه- واستثناء من ذلك- فإن المشرع الجزائري يعاقب أيضا الجناة الذين يباشرون فعل الإجهاض، ويشرعون فيه، غير أن النتيجة الجرمية لا تتحقق لسبب خارج عن إرادتهم، سواء استكمل النشاط الإجرامي أم لا. فيعد- في الحالتين- صورة إجرامية مستوجبة العقاب بنص المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري، إذا كان الجاني من الغير، أو المادة 309 إذا كان الجاني الحامل نفسها، وهو ما كرسه الاجتهاد القضائي في قراره رقم 580393 الصادر بتاريخ 2010/02/18، والذي جاء

¹- براف، دليّة: الإجهاض في ضوء أحكام الشريعة، مرجع سابق، ص 311، درة، ماهر: شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 217.

في مبدئه: "يعاقب القانون على الإجهاض أو الشروع فيه، بغض النظر عن نتيجة الفعل، مهما كانت الحالة الحقيقية للمرأة من حيث الحمل أو افتراض الحمل"¹.

كما يعاقب أيضا على جريمة التحريض على الإجهاض، ولو لم يؤد ذلك إلى تحقيق النتيجة الجرمية المطلوبة للمساءلة، كما هو نص المادة 310: "يعاقب... كل من حرّض على الإجهاض ولو لم يؤد تحريضه إلى نتيجة ما وذلك بأن:

- ألقى خطابا في أماكن أو اجتماعات عمومية.

- أو باع، أو طرح للبيع، أو قدم ولو في غير علانية، أو عرض، أو ألصق، أو وزع في الطريق العمومية أو في الأماكن العمومية، أو وزع في المنازل كتباً، أو كتابات، أو مطبوعات، أو إعلانات، أو ملصقات، أو رسوماً، أو صوراً رمزية، أو سلم شيئاً من ذلك مغلفاً بشرائط موضوعاً في ظروف مغلقة أو مفتوحة إلى البريد، أو إلى أي عامل توزيع أو نقل.

- أو قام بالدعاية في العيادات الطبية الحقيقية أو المزعومة".

- الرابطة السببية: لا بد لاستكمال العناصر الجرمية لفعل الإجهاض من إثبات قيام علاقة سببية بين فعل الإسقاط - بغض النظر عن وسائله - وبين النتيجة الجرمية ممثلة في انتهاء حالة الحمل بالموت داخل الرحم، أو خروجه منه قبل الموعد الاعتيادي لذلك. فإذا انتفت هذه العلاقة انتفت معها المساءلة عن جريمة تامة، ويخضع تقدير قيام هذه الرابطة بين السلوك الإجرامي، والنتيجة الواقعة لسلطة قاضي الموضوع، الذي يفصل فيها إثباتاً ونفياً في ضوء محددات الوقائع والإثباتات المقدمة، وما تشهده به الخبرة الطبية في ذلك².

3- الركن المعنوي: لا تتم المساءلة الجنائية عن فعل الإجهاض إلا بتوافر القصد الجنائي لتحقيقه، والذي يتطلب بدوره تحقق العلم و الإرادة لدى الجاني، فيجب أن ينصرف علم الفاعل إلى تصور أن المرأة حامل، و أن من شأن فعله أن يؤدي إلى إجهاضها، فتتجه إرادته لإحداث ذلك الأثر، و هو ما أكدته المحكمة العليا في اجتهاد تطبيقي لها جاء في حثياته أن: " لكن حيث أن السؤال المنتقد المطروح بالصيغة التالية: "هل المتهم مذنب لارتكابه واقعة الإجهاض لامرأة حامل، أو مفترض حملها بإعطائها أدوية بقصد إسقاط الحمل إضراراً بالضحية... " تضمن كافة العناصر المكونة للجريمة وفقاً لنص المادة 304 ق.ع التي تعاقب بدون تمييز على الإجهاض، أو الشروع فيه؛ أي بغض النظر

¹ - قرار المحكمة العليا رقم 580393، الصادر بتاريخ 18 - 02 - 2010، المجلة القضائية، ع 2، 2010، ص 302.

² - نجم، محمد صبحي: شرح قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص 62. براف، دليلة: الإجهاض في ضوء أحكام الشريعة، مرجع سابق، ص 311 و 312.

عن النتيجة التي يؤدي إليها الفعل، ومهما كانت الحالة الحقيقية للمرأة سواء كانت حاملا فعليا، أم أن حملها كان مفترضا فقط، ذلك لأن القانون يعاقب على الإجهاض بمجرد قيام قصد إحداثه لدى المتهم". وعليه فمن أعطى امرأة حبلية مادة يظن أنها لا تضر بجنينها، أو يعتقد أنها تسهم في مساعدته على النمو الطبيعي، ثم أدى هذا العقار إلى إسقاط الجنين فإن القصد يعد هاهنا منتفيا، وذات الحال يمكن أن يقال فيمن يقع على امرأة حامل خطأ، أو بسبب قوة قاهرة، فيتسبب في إجهاضها...¹. ولا أثر للباعث على القصد الجنائي، ولا لرضا الجاني عليها- كما أسلفنا- في قيام الجريمة، فيتساوى الدافع، و صورة قيام الجريمة في كل الأحوال².

أما إذا كان النية الجرمية متجهة إلى قصد قتل المرأة الحامل، والتذرع بالإجهاض كسبب لذلك، فإن المساءلة ههنا لا تكون عن الإجهاض المفضي إلى الموت، وإنما القتل العمد.

- عقوبة جريمة الإجهاض الاختياري:

قرر التشريع الجنائي لجريمة الإجهاض عقوبات مختلفة باختلاف طبقة الجناة، ومدى جسامة النتيجة الجرمية التي أثمرها النشاط الإجرامي على النحو التالي:³

1- جنحة إجهاض الحامل لنفسها: تعاقب المادة 309 كل امرأة حامل تجهض نفسها عمدا بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين، و بغرامة من 250 دج إلى 1000 دج. كما تجرم المادة الحال التي تقف فيها الجريمة عند حد الشروع، بأن يتعذر حصول النتيجة الجرمية بذات العقوبة المنصوصة للجريمة التامة، كما هو نص المادة 309 من قانون العقوبات.

2- جنحة إجهاض الحامل من الغير: إذا كان الفاعل الأصيل المتسبب في الإجهاض هو شخص آخر غير الحامل، فإنه يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، و بغرامة من 500 إلى 10.000 دج، و لا معتبر في هذه الحالة لرضا المرأة الحبلية لتبرير الفعل، أو التعذر به، لأنه محل الحماية هنا هو الجنين المعتدى عليه، و ليس المرأة المجهضة، و التي إن تم الفعل برضاها عدت شريكة في الجرم، و إلا فهي ضحية مثلها مثل جنينها المعتدى عليه.

ولم يفرق المشرع - في هذا الفرض - بين الجريمة التامة، و بين المحاولة من حيث العقوبة، كما سوى بين كون المرأة حاملا موضوع الإجهاض أم لا، ما دام الجاني يفترض أو يعتقد أنها حامل¹.

¹- درة، ماهر: شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 218.

²- نجم، محمد صبحي: شرح قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص 62.

³- براف، دليلا: الإجهاض في ضوء أحكام الشريعة، مرجع سابق، ص 316. - نجم، محمد صبحي: شرح قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص 62.

وقد نص التشريع الجنائي على تشديد العقوبة إذا أفضى الإجهاض إلى موت الحامل بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة، و يجوز للقاضي أن يحكم- علاوة على ذلك- بالمنع من الإقامة، كما هو نص الفقرة الأخيرة من المادة 304 من قانون العقوبات.

وإذا ثبتت أن الجاني يمارس - اعتياديا- الأفعال الجرمية المتعلقة بالإجهاض فتضاعف عقوبة الحبس في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 304، و ترتفع عقوبة السجن المؤقت إلى الحد الأقصى.

3- جنحة ذوي الخبرة الفقهية في التوليد: نصت المادة 306 على معاقبة أشخاص محددین لهم

من الخبرة و العلم الفنيين ما يسهل لهم ارتكاب الجريمة، وإخفاء أثرها وهم- حصرا-:

- الأطباء، والقابلات، و جراحو الأسنان، والصيدالة، و طلبة الطب، و طب الأسنان، و طلبة الصيدلة، ومستخدمو الصيدليات، و محضرو العقاقير، و صانعو الأريطة الطبية، و تجار الأدوات الجراحية، و الممرضون، و المدلكات. فإذا ثبت قيامهم بالإجهاض، أو الإرشاد إلى طريقه، أو تسهيله، فيعاقبون بذات العقوبات المنصوصة بالمادتين 304 و 305- بحسب الحال. و يجوز للقاضي- تكميلا- أن يحكم عليهم بالحرمان من ممارسة المهنة المنصوص عليها في المادة 23، فضلا عن الحكم بالمنع من الإقامة².

4- جنحة التحريض على الإجهاض: يعاقب القانون العقابي الجزائري على جريمة التحريض على

الإجهاض، ولو لم يؤد إلى النتيجة المقصودة، و قد عدد النص القانوني على نحو تفصيلي لوسائل هذا التحريض و صورته ممثلة- حسب المادة 310- في:

- إلقاء الخطاب في أماكن أو اجتماعات عمومية

- بيع أو طرح للبيع أو تقديم- ولو في غير علانية- أو عرض، أو إصاق، أو توزيع كتب، أو كتابات، أو مطبوعات، أو إعلانات، أو ملصقات، و رسوم، و صور رمزية، أو تسليم شيء من ذلك مغلفا إلى البريد، أو أي عامل توزيع أو نقل.

- القيام بالدعاية في العيادات الطبية الحقيقية أو المزعومة، فيعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاثة سنوات وبغرامة من 500 إلى 10.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

- و جدير بالذكر أن المشرع- تشددا منه في زجر فعل الإجهاض و حماية الأجنة- نص في المادة 311 من قانون العقوبات على إلزامية الحكم بالمنع من ممارسة أية مهنة، أو أداء أي عمل بأية صفة كانت في العيادات، أو دور الولادة، أو أية مؤسسة عمومية، أو خاصة لاستقبال النساء الحوامل على

1- براف، دليلة: الإجهاض في ضوء أحكام الشريعة، مرجع سابق، ص 317.

2- نجم، محمد صبحي: شرح قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص 63.

كل من ثبت الحكم عليه بإحدى الجرائم المنصوص عليها بالقسم الخاص بالإجهاض و لو كانت الإدانة متعلقة بمجرد الشروع أو الاشتراك.

2- حكم الإجهاض الاضطراري:

نبحث في هذا المحور الحكم الفقهي والقانوني للإجهاض الاضطراري مع الاقتصار على حالة الضرورة التي تفرضها الدواعي الطبية، أو الاغتصاب، أو التشوهات الجنينية، وفق التالي:

أ- حكم الإجهاض لدواع طبية خاصة بالأم:

وهو يندرج ضمن ما يسمى بالإجهاض العلاجي، الذي تُلجئ فيه الضرورات الصحية إلى إسقاط الجنين خوفاً على حياة الأم من الهلاك، الذي يسببه استبقاء الجنين في بطنها. وإذا كان الفقهاء القدامى معذورون في عدم بيان الأوضاع المزمنة والأحوال الطبية التي تتحقق بها الضرورة الشرعية الملحجة إلى مثل هذا النوع من الإجهاض، فإن التقدم العلمي الحاصل اليوم يكشف - باستمرار - عن العديد من صور هذا الإلجاء، ويمكن أن نخصره عموماً في الحالات التالية:¹

- أمراض الكلى المزمنة، المصحوبة بارتفاع نسبة البولينا في الدم، أو استسقاء الكلية "Hydronephrosis".

- أمراض القلب ذي الدرجة الثالثة، سيما إذا كانت الأم مصابة بدبذبة أذينية "Auricular Fibrillation"، أو تعاني من انسداد الشرايين التاجية للقلب "Coronary Occlusion".

- أمراض الجهاز التنفسي من مثل الأمفيزيما، أو قصور الرئتين.

- أمراض الدم، خصوصاً إذا كانت مصحوبة بتجلط "Thromboembolic Disorder".

- الأورام والعلل الجينية؛ نحو سرطان الثدي، وعنق الرحم.

- أمراض خلقية في الأم تعسر معها الولادة؛ نحو مرض مارفان "Marfan Syndrome".

- أمراض نقص المناعة أو اضطرابها: كمرض الايدز "Immunodeficiency"، ومرض الذئبة الحمراء "

"Lupus Erythymatosus".

- أمراض الحمل والولادة: كنزيف الرحم الغزير، والاستسقاء الأمنيوسي الحاد، وإقياءات الحمل العنيدة

إذا بلغت الدرجة الثانية، وداء الرقص الحلمي والتسمم وغيرها...

1- البار، محمد علي: مشكلة الإجهاض، مرجع سابق، ص 30 وما بعدها.

ويتعين - هنا - معرفة الحكم الفقهي والقانوني الواجب تنزيله على مثل هذه الأوضاع الملجئة، إذا ما لابتست النساء الحوامل، فهل يباح لهن التضحية بأجنتهن استبقاءً لحياتهن المهددة أم لا، ذلك ما سنبحثه في هذا البند وفق التالي:

- الحكم الفقهي للإجهاض لدواعٍ طبية تخص الأم:

انقسم الرأي الفقهي بشأن إسقاط الجنين لإنقاذ أمه من هلاك محقق، أو إضرار بسلامتها الصحية إلى ثلاثة مذاهب:

- المذهب الأول:

ويمثله فقهاء الحنفية؛ إذ قالوا بعدم جواز التضحية بالفرع وهو الولد مقابل الأصل وهي الأم؛ ففي رد المحتار، شرحاً لمسألة حامل خيف عليها وولدها حي يضطرب، أيشق وليدها ويقطع حفظاً لها؟ "لو كان حياً لا يجوز تقطيعه، لأن موت الأم به موهوم، فلا يجوز قتل آدمي حي لأمر موهوم"¹.

ونقل ابن نجيم في بحره عن النوادر الإفتاء بأن المرأة الحامل التي "اعترض الولد في بطنها، ولا يمكن إلا بقطعه أربعاً، ولو لم يفعل ذلك يخاف على أمه من الموت، فإن كان الولد ميتاً في البطن، فلا بأس به، وإن كان حياً لا يجوز، لأن إحياء نفس بقتل نفس أخرى لم يرد في الشرع"².

وفي المحيط البرهاني - نقلاً عن فتاوى السمرقندي -: "لو اعترض الولد في بطن حامل، ولم يوجد سبيل إلى استخراج ذلك إلا بقطع الولد إرباً إرباً، ولو لم يفعل ذلك يخاف الهلاك على الأم، فإن كان الولد ميتاً في البطن فلا بأس به، وإن كان حياً لا معنى لجواز القطع، لأن هذا قتل النفس لصيانة نفس آخر، والشرع لم يرد بمثله"³.

- المذهب الثاني:

ويرى أصحابه جواز الإسقاط لمن يضر بها الحمل في صحتها أو يتهدد حياتها، سواء كان الإضرار المتوقع حاصلًا في بقائه في رحمها، أم عند ولادته، وبذلك أخذ جاد الحق في فتوى نصها: "إذا قامت ضرورة تحتم الإجهاض، كما إذا كانت المرأة عسرة الولادة، ورأى الأطباء المختصون أن بقاء الحمل في بطنها ضار بها، فعندئذ يجوز الإجهاض بل يجب إذا كان يتوقف عليه حياة الأم عملاً بقاعدة ارتكاب أخف

¹ - ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، ج 2، ص 238.

² - ابن نجيم: البحر الرائق، مرجع سابق، ج 8، ص 233.

³ - ابن مازة، برهان الدين: المحيط البرهاني، ج 5، ص 380. البلخي، نظام الدين وآخرون: الفتاوى الهندية، دار الفكر، لبنان، ط 2، 1310 هـ، ج 05، ص 360.

الضررين وأهون الشرين، ولا مرء في أنه إذا دار الأمر بين موت الجنين، وموت أمه كان بقاءها أولى، لأنها أصله وقد استقرت حياتها، ولها حظ مستقل في الحياة، كما أن لها وعليها حقوقا، فلا يضحى بالأم في سبيل جنين لم تستقل حياته ولم تتأكد"¹.

وبه أفتى محمود شلتوت الذي قال: "إذا ثبت من طريق موثوق به أن بقاءه -أي الجنين- بعد تحقق حياته يؤدي لا محالة إلى موت الأم، فإن الشريعة الإسلامية بقواعدها العامة تأمر بارتكاب أخف الضررين، فإن كان في بقاءه موت الأم، وكان لا منقذ لها سوى إسقاطه كان إسقاطه في تلك الحالة متعينا، ولا يضحى بها في سبيل إنقاذه، لأنها أصله، وقد استقرت حياتها ولها حظ مستقل في الحياة، ولها حقوق وعليها حقوق، وهي بعد هذا عماد الأسرة، وليس من المعقول أن تضحى في سبيل الحياة لجنين لم تستقل حياته، ولم يحصل على شيء من الحقوق والواجبات"².

وبذلك - أيضا - أفتى كل من محمد سلام مذکور، وفريد واصل، وعبد الرحمان النجار، ويوسف القرضاوي³. وعليه استقر رأي المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثانية عشر بمكة، والذي جاء فيه: "إذا كان الحمل قد بلغ مائة وعشرين يوما لا يجوز إسقاطه، ولو كان التشخيص الطبي يفيد أنه مشوه الخلقة، إلا إذا ثبت بتقرير لجنة طبية من الأطباء الثقات المختصين أن بقاء الحمل فيه خطر مؤكد على حياة الأم، فحينئذ يجوز إسقاطه، سواء كان مشوها أم لا، دفعا لأعظم الضررين"⁴.

المذهب الثالث: يرى التفرقة في ذلك بين مرحلة ما قبل نفخ الروح وما بعدها، فإنه يجوز اللجوء إلى الإجهاض لرفع الوضع الذي يهدد حياة الأم، أو يعرضها للخطر شرط تكامل أركان الضرورة⁵، بأن تتحقق الحامل من الهلاك أو الإضرار باستمرار الحمل بشهادة طبيين من الثقات المختصين في المائة والعشرين يوما الأولى من الحمل، وقد أفتى جمهرة من علماء الحنابلة وبعضها من الحنفية بجواز إسقاط الحمل مطلقا في تلك المرحلة، فالحق يقتضي جوازه للعذر من باب أولى، كما أن الموازنة بين تعارض قائم بين

1- جاد الحق، جاد الحق: الفتاوى الإسلامية، دار الفاروق، مصر، ط1، 2005، ج2، ص37.

2- شلتوت، محمود: الفتاوى، دار الشروق، مصر، ط18، 2001، ص209.

3- القرضاوي، يوسف: الحلال والحرام، مرجع سابق، ص179. إدريس، عبد الفتاح: الإجهاض من منظور إسلامي - الجزء الثاني -، مجلة الحكمة، السعودية، ع13، جمادى الثانية 1418، ص382.

4- مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة 05، ع07، د.ت، ص369.

5- يشترط العلماء لقيام الضرورة الشرعية تكامل شرائطها الثلاث ممثلة في:

- أن تكون أسباب الضرورة قائمة لا متوقعة.

- أن تكون نتائج هذه الدلائل القائمة بالفعل نتائج يقينية أو غالبية على الظن بموجب أدلة علمية، لا اعتمادا على إلهام أو تخمين.

- أن تكون المصلحة المستفادة من إباحة المحظور بسبب هذه الضرورة أعظم أهمية في ميزان الشرع من المصلحة المستفادة من تجنب المحظور وإهمال أسباب الإباحة. ينظر: - البوطي، محمد: مسألة تحديد النسل وقاية وعلاج، دار الفارابي، سوريا، د.ط، د.ت، ص93.

حفظ منفعة بدأت في التخلق، ولم تدب فيها الروح وبين حفظ إنسان يتصف بالحياة التامة المستقرة يقتضي المحافظة على الأصل "الأم"، الذي ثبتت واستقرت حياته، كما تشهد بذلك قواعد الشريعة والأصول المرعية في النظر¹.

أما إذا كان الإجهاض في مرحلة ما بعد نفخ الروح، فإنه لا يجوز إلا في حال واحدة يكون فيها مقتضى الهلاك واقعا ومائلا للعيان، ويستدعي معالجة وتدخلا فوريا، وصورتها -حسب البوطي²- أن تفاجأ الحامل بالأم، أو مرض، أو تكمل مدة الحمل ويشند بها الطلق، بحيث تنشأ حالة يستبين فيها أن المعالجة الطبية لن تثمر إلا حياة واحدة بشهادة طبيين من ذوي الثقة والاختصاص؛ تأسيسا على قاعدة الترجيح ودفع التعارض بين حياة مستقرة بين ثابتين على السواء. ولا يدخل في هذه الحالة ما كان مقتضى الهلاك مبنيا على التقدير والافتراض؛ كصورة الأم التي لم تكمل بعد مدة حملها، ويفترض لها الطبيب أن الإجهاض ضرورة لا مفر منها لدفع خطر محقق لقيام التقدير هنا على مجرد السعي الاحتياطي القائم على التخمين والافتراض، و"الطبيب مهما بلغت مهارته، ودقت عدالته، ولاحت أمامه موجبات الخوف وتصورات الخطر في المستقبل، فإن شيئا من ذلك كله لا يبلغ أن يكشف ميقات الموت ويهدد بنهاية الحياة. ذلك لأن حديث الطبيب لا يعدو أن يكون بناء على ظن، يستند إلى علائم منذرة، وهيئات أن تورث العلائم المنذرة يقينا يحملنا على إهدار حياة كاملة مستقرة، وإنما الآجال من الغيب الذي استأثر الله بعلمه، وما أكثر ما تأتي النتائج بخلاف ما هو متوقع ومظنون"³.

-الترجيح: وخلاصة القول في المسألة أن مؤدى قول فقهاء الحنفية يقتضي منع الإجهاض لسبب توهم الخطر المحقق وعدم تحققه، وهو ذات سبب تفريق أصحاب المذهب الثالث في التفريق بين الحال التي يكون فيها الإهلاك والإضرار مائلا وقائما وبين غيرها من صور الافتراض والتخمين، وإذا كان محور هذا التقدير ومحرك الحكم فيه هو الطبيب نفسه فإن الواجب في ذلك ترك الأمر له في تقدير حرج وفداحة الأضرار والأخطار المفوضية إلى الهلاك، وعدم حصرها في نماذج محددة لا يخرج عنها، سيما وأن الخبرة الطبية اليوم تكشف عن أن "إنقاذ حياة امرأة بواسطة الإجهاض أمر شديد الندرة، وإذا كانت الأم راغبة في إتمام الحمل، فلا يكاد يوجد مرض واحد يوجب عليها الإجهاض من أجل إنقاذ حياتها، وذلك نتيجة التقدم الطبي الواسع"⁴. ويؤكد محمد البار هذه الحقيقة بقوله: "ولا أعلم أن هناك من الأمراض ما يجعل هلاك الأم محققا إذا هي استمرت في الحمل، إلا حالة واحدة وهي تسمم الحمل، وحتى في هذه الحالة لا يحتاج

¹ - البوطي، محمد: مسألة تحديد النسل وقاية وعلاج، مرجع نفسه، ص 96 و 97.

² - البوطي، محمد: مسألة تحديد النسل وقاية وعلاج، مرجع نفسه، ص 103 وما بعدها.

³ - البوطي، محمد: مسألة تحديد النسل وقاية وعلاج، مرجع نفسه، ص 102.

⁴ - F. Hawkins et M. Elder: **Human Fertility Control**, Butterworth, London, 1 ed, 1979, p242.

الطبيب إلى قتل الجنين، بل إلى إجراء الولادة قبل الموعد المحدد¹. ويخلص في آخر كلامه إلى حقيقة أن التعلل بحماية الأم من الهلاك أو صيانتها من الأضرار الجسدي أو الصحي أضحي لغوا من القول، ولا حاجة له في أغلب الأحوال المرضية بفضل التقدم الطبي الهائل الحاصل في مجال التطبيب عموماً وطب الولادة خصوصاً². ومنه فلا بد وأن يكون التسبب الطبي المسوغ لعمل الإسقاط صادراً عن لجنة من الأطباء الثقات من ذوي الاختصاص، ولا يتوقف في ذلك على رأي طبيب واحد دفعا لمظنة الخطأ في التقدير، حتى لا ينجى على مخلوق مستقر الحياة، لمجرد هوى أو نزوة عارضة³.

– الحكم القانوني للإجهاض لدوافع طبية تخص الأم:

– أورد التشريع الجنائي الجزائري استثناء من المتابعة العقابية على جريمة الإجهاض كأحد أسباب الإعفاء من المسؤولية الجنائية وهو الحالة التي تكون فيها الأم في ظرف خطر ويستوجب الحال إجراء الإجهاض، وهذا ما نصت عليه المادة 308 من قانون العقوبات الجزائري، والتي جاء فيها: "لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبت ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح، في غير خفاء، وبعد إبلاغه السلطة الإدارية".

ويتضح من المادة أن هذا الإعفاء منوط بتوافر شروط هي:

– أن يتهدد الحمل حياة الأم، ويشكل خطراً عليها. مما يستوجب التدخل لحمايتها المكفولة بنص المادة 68 من قانون الصحة⁴، وقد أضافت المادة 72 من ذات القانون لحالة الخطر الصحي ظرفي الحفاظ على توازن الأم الفيزيولوجي، والعقلي إذا كان مهدداً بخطر بالغ؛ كالشلل أو الجنون مثلاً، مما يستوجب معه اللجوء للإجهاض العلاجي لإنقاذ الأم. وينبغي هنا التأكد من ثبوت هذا الخطر والتحقق من واقعيته، من خلال إجراء فحص طبي تشخيصي للحالة من طرف الطبيب المعالج، وبمعية طبيب مختص، يجرى على وفقه

1 – البار، محمد: خلق الإنسان، مرجع سابق، ص 439.

2 – البار، محمد: خلق الإنسان، مرجع نفسه، ص 439.

3 – رحيم: إبراهيم بن محمد: أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 149. إدريس، عبد الفتاح: الإجهاض من منظور إسلامي – الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 383.

4 – تنص المادة 68 في قانون الصحة على أنه: "تتمثل حماية الأمومة والطفولة في جميع التدابير الطبية والاجتماعية والإدارية التي شهدت على الخصوص ما يأتي: حماية صحة الأم بتوفير أحسن الظروف الطبية والاجتماعية لها قبل الحمل وخلالها وبعده". ينظر القانون رقم 85 – 05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المؤرخ في 16 فبراير 1985، الجريدة الرسمية المؤرخة في 27 جمادى الأولى 1403هـ، ع 8، ص 182.

تقرير طبي - بإمضائها- يقدر هذه الضرورة، ومدى حلولها في الأم الحامل - موضوع التشخيص-، كما تقوم الحامل بإمضاء التقرير بموافقة من زوجها أو وليها¹.

- أن يتولى إجراء عملية الإجهاض طبيب أو جراح.

- أن تتم عملية الإجهاض بصفة علانية.

- أن يتم إبلاغ السلطات الإدارية التي يتبعها الطبيب أو الجراح المجري للعملية من خلال تقرير التشخيص الطبي، ليتسنى مراقبة تقدير محل ومدى الخطورة الحقيقية للحالة التي هي موضوع لإجراء الإسقاط. والتي يجب أن يحتاط في عدم التوسع فيها، وإلا أضحت ذريعة أو مدخلا- قانونيا- للإجهاض المحرم من قبل الأطباء والجراحين².

ويبدو أن المشرع الجنائي لا يفرق بين حالة الإجهاض الواقع قبل مرحلة النفخ أو بعده، فالعبرة- حسب النص القانوني- في وقوع الخطر، وثبوت الضرورة على صحة الأم، وتوازنها البدني، والعقلي.

ب- حكم إجهاض الجنين المشوه:

يعد إجهاض الجنين بسبب ما يصيبه من شذوذ تكويني أو تشوه أحد أهم النوازل الحادثة في هذا العصر، والتي لم يكن لفقهاء السلف فيها رأي، لأن آلات الكشف الطبي والمتابعة للأوضاع الرحمية للأجنة لم تكن متاحة قبلا.

- الأسباب المسهمة في تشوه الأجنة:

قد يعرض للجنين في فترة الحمل من حياته ما يؤدي به إلى الإصابة بما يؤثر في تكوينه على نحو تام، أو بما يعطل جزءا من حركة نموه وتكوينه، أو يشوه بعض أطرافه أو أعضائه، غير أن ذلك محصور في حدود ما نسبته 1 إلى 1.5 % من حالات الولادة. ويعود ذلك إلى عوامل عديدة وأسباب مختلفة من حيث مصدرها ودرجة تعقيدها، بيد أنه يمكن حصر أغلبها في:³

- 1- الأسباب البيئية، وتمثل 10% من مجموع حالات التشوه.
- 2- العوامل الوراثية، بما نسبته 30-40% من حالات التشوه.
- 3- الأسباب الميكانيكية بنسبة ضئيلة.

¹- بن عزة ثابت، مليكة: أسباب الإباحة وموانع المسؤولية في جريمة الإجهاض بين الشريعة والقانون الجنائي الجزائري، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، مصر، ع1، 2012، ص 841 و842.

²- نجم، محمد صبحي: شرح قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص 64.

³- ابن الخوجة، محمد الحبيب: عصمة دم الجنين المشوه، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة 02، ع04، 1409هـ، ص 277.

4- أسباب متعددة، وتشكل نسبة 50 إلى 60% من مجموع الحالات.

1- الأسباب البيئية: وتعد أخطر العوامل المؤثرة على سير نمو الجنين للأمهات بسبب استفحال التلوث البيئي وانتشاره الواسع، وارتفاع سميته سيما إذا كان كيميائيا أو إشعاعيا، حيث يسهم في إحداث 10% من مجموع حالات التشوه الحاصلة:¹
ومن أقوى العوامل البيئية تأثيرا على تكوين الأجنة:

- **الفيروسات والأمراض الميكروبية:** وأشهرها الحصبة الألمانية وفيروس الهربس وفيروس تضخم الخلايا، وفيروس مرض الإيدز "Hiv" وفيروس زيكا المكتشف حديثا فضلا عن الجدري والزهري، والدرن، والتكسوبلازما... والتي تصيب الجنين بتشوهات خلقية خطيرة لدى انتقالها من البيئة عبر الأم عن طريق الدم إلى المشيمة.²

- **الأشعة:** إذ تتسبب الأشعة السينية لدى تعرض الأم لها في طفرات وتغيرات خلقية جينية وعضوية للأجنة، وتختلف درجتها بحسب كمية الإشعاعات، ومدة التعرض لها وعمر الجنين. ومن صورها التخلف العقلي مع صغر في الدماغ، أو تشوه في العظام، أو الشفة المشقوقة، وتحوّرات في الأعضاء الداخلية، والتي قد تلتصق في التوائم السيمائية³. وتعد الأشهر الثلاثة الأولى من الحمل المرحلة الأشد حساسية لمثل هذه التشوهات، باعتبارها فترة التخلق والتصوير، وتتضاءل إمكانية الإعاقة أو التشوه كلما زادت مدة الحمل.⁴

- **المواد الكيميائية والعقاقير:** أثبتت وسائل الاستقصاء الطبية الحديثة وجود علاقة سببية واضحة بين العديد من الأدوية والعقاقير، والتشوهات الحاصلة للأجنة، وأشهرها عقار ثاليدوميد المسكن الذي يتسبب في ضمور الأطراف أو فقدها⁵، فضلا عن مضادات الأورام، وعقاقير السرطان والتي تؤثر تأثيرا بالغا على الجنين بتشوهات شديدة وطفرة حادة. كما يتسبب الخمر والتبغ والكحول والحشيش والأفيون والهروين وعقارات المهلوسة والمسكنات في تشوهات خلقية متباينة إذا كانت الأم الحامل مدمنة عليها.⁶

1- عبد الرحمان، أمال كمال: إجهاض الجنين المشوه بين الطب والشرع، محكمة الدراسات العريقة، مصر، مج4، ع 20، 2009، ص 1607 و1608.

2- ابن الخوجة، محمد الحبيب: عصمة دم الجنين المشوه، مرجع سابق، ص 277.

3- البار، محمد: الجنين المشوه، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السعودية، السنة 02، ع4، 1409/07/23هـ، ص 299 و300.

4- القحطاني، مسفر: إجهاض الجنين المشوه وحكمه في الشريعة الإسلامية، مجلة الشريعة للدراسات الإسلامية، الكويت، مج 18، ع 54، 2003، ص 196.

5- البار، محمد: الجنين المشوه، مرجع سابق، ص 342.

6- عبد الرحمان، أمال كمال: إجهاض الجنين، مرجع سابق، ص 1609. رحيم: إبراهيم بن محمد: أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 172.

2-العوامل الميكانيكية: تعد الأسباب الميكانيكية من العوامل ذات التأثير المحدود في إحداث التشوهات الخلقية للأجنة أو إجهاضها، رغم أن الطب - قديما - كان يعزو إليها أغلب حالات الإجهاض¹.

ويحدث أثر التشوه الناتج عن مثل هاته العوامل عندما يحدث انفجارا أو إصابة كيس الامنيون بسبب الضرب، أو الضغط، أو إدخال مواد ضارة في عنق الرحم، مما يتسبب في نقص السائل الأمنيوسي الحيوي لحياة الجنين².

3-العوامل الوراثية: يقطع العلم اليوم بأن الخلل في البنية الجينية للإنسان من شأنه أن يؤدي إلى تشوهات خلقية خطيرة، وهي تشكل ما نسبته 30-40% من مجموع حالات الشذوذ التكويني الذي يعترى الأجنة خلال فترة الحمل³.

وأشهر صور هذا الاختلال الزيج الصبغي "Chromosomal Aberrations"⁴؛ ويحدث بسبب خلل في الانقسام الاختزالي في الخلايا التناسلية، إما بزيادة عدد الكروموزومات عن الحد الطبيعي (24 بدلا من 23) أو نقصانها (22)⁵، أو خلل في تركيب أحدها بزيادة أو نقصان في طوله، نتيجة انتقال جزء منه إلى كروموزوم آخر. وإذا حدث أن تزواج شخصان يحملان هذا الاختلال فإن نسلهما معرض لشذوذ وراثي بتشوهات متفاوتة الدرجة بين التخلف العقلي الشديد، والتشوه العضوي⁶.

- الحكم الفقهي لإجهاض الجنين المشوه:

اتفقت كلمة الفقهاء المحدثين على تحريم إجهاض الجنين الذي به تشوه خلقي إذا كان ذلك في مرحلة ما بعد نفخ الروح، سواء أمكن معه توقع حياة الجنين بعد الولادة أم تيقن هلاكه بعدها، فإنه يحرم الاعتداء عليه، ويأثم الفاعل طبيبا كان أو أما أو أبا، لأنه تجنّ على نفس محترمة مصونة بنص الكتاب والسنة والإجماع.

¹- البار، محمد: الجنين المشوه، مرجع سابق، ص 365.

²- ابن الخوجة، محمد الحبيب: عصمة دم الجنين المشوه، مرجع سابق، ص 279.

³- ابن الخوجة، محمد الحبيب: عصمة دم الجنين المشوه، مرجع نفسه، ص 277.

⁴- البار، محمد: الجنين المشوه، مرجع سابق، ص 394 وما بعدها.

⁵- يتسبب نقص الكروموزوم الجنسي في وفاة 97% من الأجنة المصابة به، و هو يعرف بمتلازمة ترنر "Turner syndrome"، البار، محمد: الجنين المشوه، مرجع سابق، ص 397.

⁶- عبد المجيد سعيد، عقيل وآخرون: التكيف الفقهي للإجهاض، دراسة شرعية طبية، مجلة البحوث والدراسات الإسلامية، ديوان الوقف السني، العراق، ع 36 2014، ص 173 وما بعدها. ابن الخوجة، محمد الحبيب: عصمة دم الجنين المشوه، مرجع سابق، ص 281 وما بعدها.

وبذا صدر قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي - السالف الذكر - والذي جاء فيه: "إذا كان الحمل قد بلغ مائة وعشرين يوماً، فلا يجوز إسقاطه ولو كان التشخيص الطبي يفيد أنه مشوه الخلقة"¹، ووافقتة في ذلك فتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالسعودية رقم 18567 بشأن إجهاض الجنين المشوه في شهره الخامس، وقد قطع الأطباء بهلاكه بعد الولادة لانتشار التشوه في أجزاء حيوية من جسده (حنجرة، النخاع الشوكي، العمود الفقري، صغر الرأس، تشوه بالمخ...) إذ جاء في الفتوى: "لا يجوز إسقاط الحمل المذكور، لأن الغالب على أخبار الأطباء الظن، والأصل وجوب احترام الجنين وتحريم إسقاطه، ولأن الله عز وجل قد يصلح الجنين في بقية المدة، فيخرج سليماً مما ذكره الأطباء إن صح ما قالوه، فالواجب حسن الظن بالله"².

أما إذا كان الإجهاض قبل مرحلة النفخ، ففي المسألة خلاف على مذهبين اثنين:

- الرأي الأول: يرى أصحاب هذا المذهب جواز الإجهاض إذا كان مسوغه التشوه الشديد، أو الإصابة بعيوب وراثية خطيرة لا يرجى لها شفاء، ولا يتيسر معها عيش، شرط التأكد من هذا الاختلال الخلقي أو الوراثي، بتقرير لجنة طبية مختصة. وبهذا أفتى جاد الحق علي³، ويوسف القرضاوي⁴، والحبيب بن الخوجة⁵، وعلي المحمدي، وعمر الأشقر، وغيرهم⁶. وقد قرر مجلس المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثانية عشرة المنعقدة في 10 فبراير 1990م أنه: "قبل مرور مائة وعشرين يوماً على الحمل، إذا ثبت وتأكد بتقرير لجنة طبية من الأطباء والمختصين الثقات، وبناء على الفحوص الفنية بالأجهزة والوسائل المخبرية أن الجنين مشوه تشويهاً خطيراً غير قابل للعلاج، وأنه إذا بقي وولد في موعده ستكون حياته سيئة وآلاماً عليه وعلى أهله، فعندئذ يجوز إسقاطه بناء على طلب الوالدين، والمجلس إذ يقرر ذلك يوصي الأطباء والوالدين بتقوى الله في هذا الأمر"⁷. ووافقتة في ذلك فتوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية رقم 2484 الصادرة في: 16 رجب 1399هـ⁸.

¹ - سبقت الإشارة إليه في بند الإجهاض لدواعٍ طبية تخص الأم، فلينظر هناك.

² - اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء: فتاوى اللجنة الدائمة، الإدارة العامة للطبع، السعودية، مج 1، د.ت، ج 21، ص 252.

³ - جاد الحق، علي جاد الحق: الفتاوى الإسلامية، مرجع سابق، ج 2، ص 45 وما بعدها.

⁴ - القرضاوي، يوسف: الحلال والحرام، مرجع سابق، ص 179.

⁵ - ابن الخوجة، محمد الحبيب: عصمة دم الجنين المشوه، مرجع سابق، ص 286.

⁶ - إدريس، عبد الفتاح: إجهاض الجنين المشوه، مجلة الوعي الإسلامي، الكويت، ع 507، ذو القعدة 1428، ص 38.

⁷ - مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة 05، ع 07، د.ت، ص 369.

⁸ - غانم، عمر بن محمد: أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، دار الأندلس الخضراء، السعودية، ط 1، 2001، ص 184.

- **الرأي الثاني:** يذهب هذا الفريق إلى التحريم المطلق لإجهاض الأجنة لما بها من التشوهات، ولو أعسر شفاؤها أو امتنع معها العلاج، ولا اعتبار لدرجة وشدة الشذوذ الخلقي فيها، لأنها لم تستوف أركان الضرورة الشرعية، التي يجب أن تكون فيها النتائج المتوقعة يقينية أو غالبية على الظن، بموجب أدلة علمية ومخبرية موثقة، وهو أمر تعوزه الحالة المنظورة. إذ أن "الأسباب التي قد تؤثر في تشويه الجنين، خلال هذه المرحلة من الحمل، تكاد تكون محصورة في أدوية معينة قد تناولها الحامل، حيث يخشى أن يتسبب من تناولها تشوه في حلقة الجنين... وهذا التسبب لا يزيد على كونه احتماليا، يحذر منه الأطباء على وجه الحيطه فقط، أما أن يتأكد الطبيب من ذلك في حال من الأحوال فإن ذلك لم يقع، ولا يكاد يتصور وقوعه"¹.

وقد أخذ بهذا الرأي علي الصوا، ومحمد عثمان شبير، والبوطي، وعبد الله البسام، وعبد الفتاح إدريس، وعمر غانم، وغيرهم².

- **الترجيح:** إن ما يترجح قوله - مما عنّ للباحث - بعد استظهار الرأيين الفقهيين في نازلة إجهاض الأجنة المشوهة قبل نفخ الروح أن القول بالمنع المطلق أسلم وأصوب اعتبارا ب: - أن التطور العلمي الهائل المحرز في المجال الطبي يتكشف كل لحظة عن علاجات جديدة للعديد من الأمراض والأدواء التي كانت محل استعصاء على الأطباء لأزمنة ليست بالقليلة، وقد مضى للبحث العلمي أشواط عريضة في مجال بحث الخارطة التكوينية للبشر وهندستها الوراثية، مما أسهم في اجتناب وعلاج العديد من العاهات والتشوهات التي قد يولد معها الأطفال. وقد أسهم ذلك في نزع سمة الشدة والخطورة عن أكثر هذه الاختلالات التي لا تظهر آثار أغلبها إلا مع تقدم العمر، كما أنها لا تعجز صاحبها عن العيش العادي لشخص معافي منها³.

- لقد ثبت علميا أن 60% من حالات الإجهاض التلقائي تكون بسبب وجود تشوهات بالأجنة المجهضة، وأن 70% من حالات التشوه الجينية المبكرة تجهضها الأرحام - برحمة الله - قبل علم المرأة بالحمل، وأن 25% من حالات الوفيات الحادثة عند الولادة أو قريبا منها تكون بسبب اختلالات وراثية في الجينات أو الكروموزومات⁴، وهي في مجموعها لا تشكل أكثر من 0.6% من

¹ البوطي، محمد: مسألة تحديد النسل وقاية وعلاجاً، مرجع سابق، ص 94.

² إدريس، عبد الفتاح: إجهاض الجنين المشوه، مرجع سابق، ص 39 و 40. غانم، عمر بن محمد: أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 184. البوطي، محمد: مسألة تحديد النسل وقاية وعلاجاً، مرجع سابق، ص 94.

³ إدريس، عبد الفتاح: إجهاض الجنين المشوه، مرجع سابق، ص 40.

⁴ البار، محمد علي: مشكلة الإجهاض، مرجع سابق، ص 12 و 13. البار، محمد: الجنين المشوه، مرجع سابق، ص 393 و 394.

جميع حالات المواليد، وهو ما يعني - بفضل الله - عن اللجوء إلى الاعتداء على الجنين بالإجهاض بدعوى تشوّهه¹.

- يؤكد الأطباء على أن فحص الجنين للثبوت من تشوّهه لا يمكن أن يحصل قبل الأسبوع السادس عشر من بدء الحمل، أي بعد نفخ الروح فيه، وهو ما يعني تعطيل القول بالإباحة لتوقفه على شرط الثبوت، وهو ممتنع ههنا، فضلا عن الفحوص التي تجرى للجنين من أجل إثبات أو نفي التشوّه عن الجنين، والتي قد تعود على الجنين وأمه بالهلاك بما نسبته 15%، أو الإضرار به وتشويهه بسبب إهدار سائل الأمنيون، أو نرف المشيمة، أو جرح الجنين، وتعرضه للأشعة العادية أو الملونة².

- حكم القانون في إجهاض الجنين المشوّه:

لم يرد للتشريع الجزائري أي نص على هذه الحالة ولم يتسنّ للباحث العثور على أي تطبيق قضائي بذا الشأن، وعليه فيمكن القول بأن الرأي القانوني الحالي للمشروع الجزائري يمكن أن يخضع في هذه الحالة للقاعدة العامة المتعلقة بالإعفاء الوحيد من المسؤولية الجنائية المنصوص عليها بالمادة 308، والتي تتعلق بحالات الإجهاض التي تشكل خطرا على الأم، فإن كانت حالة الجنين المشوّه فيها يتهدد صحة الأم، أو ينذر بالخطر على صحتها فإن القانون على إجازة مثل هذا النوع من الإجهاض حفاظا على الأصل، وإلا فإن الحظر يبقى ساريا، ولو تعلق الأمر بجنين مشوّه تشويها جسيما سواء كان قبل نفخ الروح فيه أم بعده.

وحدير بالذكر أن المشروع التمهيدي لقانون الصحة- الذي لم يصدر بعد- تناول مسألة الجنين المشوّه في القسم الأول من الفصل الثاني من الباب الثاني، المتعلق بحماية الأم والطفل؛ حيث نصت المادة 46 منه على: "عندما يثبت - بصفة أكيدة- عن طريق تشخيص ما قبل الولادة أن المضغعة أو الجنين المصاب بمرض أو تشوّه خطير لا يسمح له بالنمو العادي، يجب على الطبيب المختص المعني- بموافقة الطبيب المعالج- إعلام الأبوين، واتخاذ-بموافقتهم- كل التدابير الطبية العلاجية اللازمة؛ بما فيها توقيف الحمل، غير أنه إذا كانت حياة الأم في خطر، يمكن لطبيين خبيرين اتخاذ قرار توقيف الحمل". والمستخلص من نص هذه المادة أن المشروع الجنائي يتجه إلى اعتماد ما يسمى بتوقيف الحمل "Interruption De Grossesse"، أو الإجهاض، شرط الثبوت اليقيني لحالة الضرورة، بالإثبات التشخيصي الذي يجريه الطبيب المعالج بمعية طبيب أخصائي، وبموافقة الزوجين المثبتة بإمضاءهما على

¹- إدريس، عبد الفتاح: إجهاض الجنين المشوّه، مرجع سابق، ص 40.

²- إدريس، عبد الفتاح: إجهاض الجنين المشوّه، مرجع نفسه، ص 41.

التقرير الطبي، ويكون للطبيين بناء على ذلك تقدير مدى جدوى اللجوء إلى توقيف الحمل، والملاحظ هنا عدم دقة الصياغة القانونية في تحديد مضمون الضرورة أو الخطر الداهم، الذي قصرته على تحديد السير الطبيعي لنمو الجنين "Développement Normal"، كما لم تفرق هذه الصياغة بين حالة الجنين الذي نفخ فيه الروح أم لا، فالحكم في ذلك بالنسبة للمشروع القانوني سيان. وقد أكدت ذات المادة على أعضاء الطبيين من موافقة الزوجين لإجراء الإسقاط، وإذا كانت الحالة المنظورة تضع صحة الأم في وضع الخطورة.

وفي كل الأحوال فإنه لا يمكن إجراء عمليات توقيف الحمل إلا في المستشفيات العمومية، أو المستشفيات الخاصة المعتمدة والمرخص لها بذلك، كما هو نص المادة 47 من ذات المشروع التمهيدي.

ج- الإجهاض للجنين الناجم عن الاغتصاب:

قد يكون الحمل مرده جريمة أخلاقية مقترنة بالإكراه، أو ما تسمى في الفقه الجنائي بالاغتصاب، و التي ذاعت صورها في المجتمع في الوقت الراهن، وعمت بها البلوى، فلا تخلو منها صفحة يوم جديد، حتى كثرت القضايا الجرمية المرتبطة بها أمام القضاء، ولعل ما جعل القضية أكثر إلحاحا هو ما تعرض له المسلمات في الجزائر، والبوسنة، والشيشان، وكوسوفا، والعراق، وأفغانستان وغيرها من البلاد المسلمة من اعتداء هجمي جماعي طافح على عفتهن وأعراضهن، مما جعلهن يتجرعن ألوانا- لا نهاية لها- من العذابات، ويقاسين في صمت، تلسعن نار العار لجرم لم يكن لهن فيه يد، وهذا ما أعطى القضية بعدا دوليا، وزخما قيميا استحث معه الفكر الفقهي التحرك والمبادرة للنظر في شأنهن، وهو ما نسعى إلى رصد هاهنا، ولحساسية هذه القضية فإننا نبحت حكمها الفقهي والقانوني في ما يلي:

- الحكم الفقهي للإجهاض من اغتصاب:

لم يتطرق النظر الفقهي للسلف¹ - في بحث قضية الإجهاض- إلى التفرقة بين كون الحمل ناتجا عن نكاح صحيح أو عن علاقة غير شرعية. بيد أن المعتمد يؤكد- بالتدليل- حرمان المرأة التي تحمل من زنا من الإجهاض أيا كان ميقاته قبل النفخ أو بعده، بدليل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾²، فلا

¹-فرق الرملي-من الشافعية- في نهاية محتاجه بين حكم إجهاض الحمل الناتج من عقد شرعي صحيح وبين الناتج عن الزنا. ينظر الرملي: نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج8، ص4442.

²-[سورة الإسراء: الآية 13]

مسوغ للتضحية بنسمة بريئة للتغطية على ذنب اقترفته أمها لقضاء شهوة عابرة. وقد قررت السنة ذلك بحديث الغامدية¹، التي امتنع النبي ﷺ أن يقيم عليها الحد مراعاتاً لحبلها، فأحرها حتى وضعت وفطمت رضيعتها، ثم طهرها بالرحم. وقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن الزانية الحبلية لا ترحم أو تجلد حتى تضع، لئلا يقتل جنينها، أو يتضرر بإقامة الحد عليه². كما أن الحكم بجواز الإسقاط للحمل المتكون بالعقد الشرعي قبل نفخ الروح فيه منوط بالرخصة، والرخص لا تناط بالمعاصي والزنا أحدها، وهذا فضلاً عن أن القول بالترخص في إسقاط حبل الزنا يشيع الفاحشة في المجتمع ويذيعها، ويشجع عليها بإتاحة سبيل التخلص من ثمرات هذه الأفعال الآثمة³.

أما الإجهاض الذي يكون الحمل فيه ثمرة لمواقعة رجل لامرأة دون رضاها، خارج إطار الزواج باستعمال الإكراه والعنف، أو التهديد، أو الخداع، فقد كان محل مدارسة من طرف العديد من الفقهاء المعاصرين لبحث حكمه الفقهي الواجب التنزيل على محاله النازلة، والتي فرضت نفسها على الرأي العام كقضية لها من الوزن والحساسية ما تستدعي معها أعمال النظر الاجتهادي، وإمعان الفكر الفقهي لحل المسألة. وإذا كان الاتفاق بينهم حاصلًا بشأن الحرمة المطلقة للإجهاض بعد نفخ الروح في الجنين الناتج عن الاغتصاب، لأنه صار نفساً محترمة، ويكيف أي اعتداء عليه أنه جنائية عدوان تترتب عليها غرة عبداً أو وليدة أو ما يعادلها، مع الكفارة - على الصحيح - والحرمان من الميراث⁴.

غير أن الفقه التطبيقي المعاصر، منقسم بشأن جواز الإجهاض إذا كان قبل نفخ الروح في الحمل، على مذهبين:

- المذهب الأول: يرى اعتبار ظرف الإكراه على الاغتصاب عذراً معتبراً لإجازة الإسقاط للجنين الناجم عن ذلك، وبذلك أفتى يوسف القرضاوي في فتوى له بشأن المسلمات المعتصابات في حادثة كوسوفا، وجاء فيها: "كلما كان العذر أقوى كانت الرخصة أظهر، وكلما كان ذلك قبل الأربعين الأولى كان أقرب إلى الرخصة، ولا ريب أن الاغتصاب من عدو كافر وفاجر، معتد أقيم لمسلمة عذراء طاهرة عذر قوي لدى المسلمة ولدى أهلها، وهي تكره هذا الجنين - ثمرة الاعتداء الغشوم - وتريد

¹-مسلم: صحيح مسلم، مرجع سابق، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا، ج3، ص 1321.

²- السرخسي: المبسوط، مرجع سابق، ج9، ص73. اللخمي، أبو الحسن: التبصرة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط1، 2011م، ج12، ص 5603. المارودي: الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج11، ص 139. ابن قدامة: المغني، مرجع سابق، ج8، ص 343.

³- البوطي، محمد: مسألة تحديد النسل وقاية وعلاجاً، مرجع سابق، ص 146 و 147.

⁴- الهاللي، سعد الدين: قضية إجهاض جنين الاغتصاب في الفقه الإسلامي، مجلة الوعي الإسلامي، الكويت، ع 413، محرم 1421هـ، ص 22. بونجوم، مليكة: نازلة إجهاض المرأة المغتصبة بين المجيزين والمانعين، مجلة دراسات تراثية، المغرب، ع2، 2014، ص 50 و 51. العبيدي، طاهر: الحماية الجنائية للجنين في الشريعة والقانون، مجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، السعودية، مج22، ع44، رجب 1428، ص 88 و 89. القحطاني، مسفر: إجهاض الجنين المشوه، مرجع سابق، ص 191.

التخلص منه. فهذه رخصة يفتى بها للضرورة التي تقدر بقدرها. ومن ثم تكون الرخصة مقيدة بحالة العذر المعترف الذي يقدره أهل الرأي من الشرعيين والأطباء والعقلاء من الناس، وما عدا ذلك يبقى على أصل المنع. على أن من حق المسلمة التي ابتليت بهذه المصيبة في نفسها أن تحتفظ بهذا الجنين، ولا حرج عليها شرعا... ولا تجبر على إسقاطه¹.

وبهذا الرأي أفتى شيوخ الأزهر: جاد الحق علي، ونصر فريد واصل، ومحمد سيد طنطاوي². كما قال به كل من البوطي، ومحمد رأفت عثمان³، واشترط له سعد الدين الهلالي:

أن تتحقق حال الاغتصاب بشروطها الواردة في باب الصيال، وأن يتم الإجهاض فور زوال السبب (حال الاغتصاب) قبل نفخ الروح، وأن تتم عملية الإسقاط بإشراف طبي مأمون، وأن يكون ذلك برضا من المغتصبة، أمام جهة رسمية معينة، للتأكد من حال الاغتصاب وصحة الإجراءات، ولتتبع الجناة⁴.

ومستند هذا الفريق فيما ذهب إليه اعتبار جنين الاغتصاب أثرا من آثار الصائل الذي يجوز دفعه، كما يجب دفع الصائل عن العرض ولو بالقتل من غير ضمان، وذلك توقيا للأضرار المعنوية والنفسية البالغة التي يمكن أن تلحق الضحية جراء هذا الحمل إذا كتب له العيش ليذكرها بالاعتداء الأثيم، والضرر يدفع ويرفع ما دام لم تنفخ في الجنين نسمة الروح، وقد أفتى بعض فقهاء السلف بإجازة الإجهاض في تلك المرحلة مطلقا، من دون عذر فلأن يكون جائزا بهذا العذر أولى⁵.

- المذهب الثاني: يذهب رأي فقهي آخر إلى القول بالمنع مطلقا للإجهاض بالنسبة لحالات الاغتصاب، سواء كان ذلك قبل نفخ الروح أم بعدها، لأنه لا يجوز في الإسلام علاج آثار مشكلة أو جناية بجرمة أكبر منها، فقتل الجنين الذي أثمرته حادثة الاغتصاب أفضح جرما من فعلة الاغتصاب نفسها، لأن الابتناء الإنساني - حسبهم - يتدئ لحظة حصول لقحة الأمشاج بين ماء الرجل وماء المرأة، فامتنع التسبب في إسقاطه تحت أي ظرف. وردوا على القائلين بالجواز بأن حديث بريدة في اعتراف الغامدية بالزنا ينقض فتواهم فإن: "رسول الله ﷺ لم يأمرها بإجهاض ما في بطنها، حرصا على

¹ - موفعة، سعيد: الموسوعة الفقهية للأجنة والاستنساخ البشري، مرجع سابق، ج1، ص 238 و 239.

² - غانم، عمر بن محمد: أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 178. موفعة، سعيد: الموسوعة الفقهية للأجنة والاستنساخ البشري، مرجع سابق، ج2، ص 609-612.

³ - البوطي، محمد: مسألة تحديد النسل وقاية وعلاج، مرجع سابق، ص 150. بونجوم، مليكة: نازلة إجهاض المرأة المغتصبة بين المجيزين والمانعين، مرجع سابق، ص 53.

⁴ - الهلالي، سعد الدين: قضية إجهاض جنين الاغتصاب، مرجع سابق، ص 23.

⁵ - موفعة، سعيد: الموسوعة الفقهية للأجنة والاستنساخ البشري، مرجع سابق، ج1، ص 238. الهلالي، سعد الدين: قضية إجهاض جنين الاغتصاب، مرجع سابق، ص 23. بونجوم، مليكة: نازلة إجهاض المرأة المغتصبة بين المجيزين والمانعين، مرجع سابق، ص 53.

الأنساب من الاختلاط، كما يقول فضيلة المفتي - يقصد محمد سيد طنطاوي- ولم يستفصل منها رسول الله ﷺ إن كان زنى ماعز بما قد تم برضاها أو بإكراهاها عليه، كما لم يستفصل منها إن كان حملها في شهره الأولى أو بعد ذلك، فلو كان الحكم يختلف باختلاف ظروف ارتكاب الفاحشة، وعمر الجنين لاستفصل منها رسول الله ﷺ في ذلك، ولبين لها -وقد ذكرت أنها حبلى- أن لها أن تجهض هذا الجنين إن كان عمره كذا أو نحو ذلك، لأنه وقت الحاجة إلى البيان، وتأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز، فلما لم يستفصل ولم يبين دلاً على حرمة إجهاض الجنين، ولو كان من سفاح، أيا كانت ظروف ارتكاب الفاحشة أو عمر الجنين¹، وبهذا الرأي أفتى عبد الفتاح إدريس، ومنيع عبد الحليم ويوسف البدري².

- **الترجيح:** الراجح في المسألة هو قول المحيزين لإسقاط جنين الحامل من الاغتصاب، لأن فيه صونا للمغتصابات من مزلة الانعتاق من ريقة قواعد الشرع والانخلاع من آدابه وقيمته، فالقول بالمنع سيهز ثقتهم في أهلهم ومجتمعهم، الذي لم يوفر لهم الحماية الواجبة، والرعاية الكافية لحفظ أعراضهم، مما يشيع الرذيلة وينشر الساد بين الناس، كما أن فيه حفظاً للأنساب من الاختلاط، فسيكون للمغتصبة فرصة حفظ نسب زوجها بدل التكتّم على الواقعة، وإلحاق نسب ولد بما هو ليس منه.

- الحكم القانوني لإجهاض الجنين الناجم عن الاغتصاب:

يعدّ المشرع الجنائي الجزائري الاغتصاب جنائية معاقبا عليها بنص المائدة 336 من قانون العقوبات، والتي كان يصطلح عليها في نسخته القديمة بـ"متهتك العرض"، غير أن التعديل الجديد لقانون العقوبات رقم 14-01(3)³ عدل عن تلك التسمية بسبب عدم دقتها، وعدم وفائها بذات مضمون الصيغة الفرنسية لهذه الجنائية "Viol"⁴ وعليه فكل واقعة بين رجل وامرأة بغير رضاها تعدّ جريمة يعاقب عليها بالسجن المؤقت من خمس سنوات إلى عشر سنوات، وإذا وقع الاغتصاب على قاصر لم يكمل الثامنة عشرة سنة، فتكون العقوبة السجن المؤقت من 10 سنوات إلى عشرين سنة.

¹ - إدريس، عبد الفتاح: الإجهاض من منظور إسلامي - الجزء الثاني-، مرجع سابق، ص 354.

² - بونجوم، مليكة: نازلة إجهاض المرأة المغتصبة بين المجيزين والمانعين، ص 54.

³ - القانون رقم 14-01 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المتعلق بقانون العقوبات، المؤرخ في 04 فبراير 2014، الجريدة الرسمية المؤرخة في 16 فبراير 2014، ع7، ص 4.

⁴ - العبدلي، سفيان: الاغتصاب الزوجي على ضوء القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية لحماية حقوق الإنسان، مجلة الجنان لحقوق الإنسان، بيروت، ع8، حزيران 2015، ص 123 و 124.

بيد أن المشرع الجزائري لم ينص على الحالة التي يقع فيها تعد أو إسقاط للجنين، الذي يمكن أن ينجم عن جنائية الاغتصاب سواء أكان الفاعل هو المعتصبة للتستر على الجريمة، أو من المعتصبة نفسها للتخلص من الآثار النفسية والمادية لهذا الاعتداء.

ومنه فيمكن القول بأن حالة التسبب في إسقاط جنين الاغتصاب -من وجهة نظر التشريع الجزائري- تخضع هي الأخرى لقواعد التحريم العامة لفعل الإجهاض الجنائي، ولا يعد الاعتداء الجنسي الواقع عنوة على المرأة عذرا مبيحا لإسقاط المسؤولية الجنائية عنها، أو يبيح لها فعله في الدوائر الاستشفائية العمومية، كما هو حال الأم التي يتهددها الخطر، رغم أن مسألة الاغتصاب كانت قد طرحت بقوة سيما بعد انقضاء العشرية السوداء، وما انجر عنها من حصول اختطاف وسي واغتصاب لما يقرب من 1015 ضحية ما بين سنتي 1994 و1997 تتراوح أعمارهن ما بين 13 و45 عاما¹. وقد كان مأمولا من ميثاق السلم والمصالحة الوطنية أو التعديلات التشريعية لقانون العقوبات أن تتناول هذه القضية وتجسد الحماية لهاته الفئة المكلومة وقصرها على مرحلة ما قبل نفخ الروح، غير أن شيئا من ذلك لم يتحقق للأسف وهو ما يستدعي المسارعة لسد هذا النقص التشريعي.

المبحث الثالث: الاجتهاد التنزيلي في المسائل الطبية الحديثة

استتبع التطور العلمي الهائل في مجال الطب ظهور قضايا كثيرة ونوازل عديدة لها أوثق الصلة بالكيان الإنساني وعلاقاته الأسرية والاجتماعية، ولعل المميز لهذه المستجدات هو اختصاصها بالدقة والتعقيد ما يجعلها تستأهل سرعة النظر الفقهي لفض اشكالاتها وابتناء الأحكام الكلية والجزئية لها وفق تصورات واضحة وتكليفات دقيقة لجوهر كنهها، وهذا ما نعلم انتهاجه في هذا المبحث فيما يلي من مطالب:

¹ ابن عودة، حسكر مراد: الاغتصاب داخل الأسرة وإمكانية إجهاض المرأة المعتصبة في القانون الوضعي، مجلة الدراسات القانونية، الجزائر، ع 15، 2012، ص 50 و51.

المطلب الأول: المسائل المتعلقة بالأمراض الحديثة والتشخيص المبكر

أحرز علم الطب الحديث جهوداً غير منكورة في المداواة والتطبيب من الكثير الأمراض والعلل المستعصية، وضمن للإنسان بذلك حياة أكثر سلامة وصحة من ذي قبل، بل وأنجى البشرية من العديد من الأوبئة الفتاكة والأدواء المهلكة، بفضل الأشواط الجبارة المحرزة في اختراع العقاقير والأمصال وآلات الكشف السريري وأدوات الجراحة... وغيرها. وستتولى في هذا المطلب بحث بعض أوجه الإفادة من هذا التطور في المجال الأسري والعلاقات الزوجية فيما يلي من سطور.

الفرع الأول: الفحص الطبي

اتسم العصر الراهن بظهور طفرة كبيرة من الأمراض والأسقام وتفشت بعض الألوان من الأوبئة التي لا سابق عهد بها للناس في القدم، بفعل دخول الإنسان معترك الثورة الصناعية مما عاد بأبلغ الضرر على الأنظمة البيئية التي نحيا فيها وازرى بالتنوع البيولوجي الذي تزخر به الأرض وأضر بالأقوات والمحاصيل والمعاش، وتعددت المسألة أكثر مع التقدم العلمي المحرز في شتى المجالات الحيوية؛ إذ أسهم التدخل البشري في البنى الجينية بغرض تحسين وتجويد الغذاء الحيواني والنباتي إلى بروز تحورات جينية في وحدات السلسلة الغذائية للإنسان مما أثر على بشكل مباشر على الشفرة الوراثية خاصته وظهرت معه اعتلالات السرطان بشكل مربع، كما أثمر التطور التكنولوجي وسعي الإنسان إلى الرفاه تغييرات على المستوى الاجتماعي وفسادا على المستوى الأخلاقي شاعت معه الرذيلة والفسق، مما اعان على ظهور أمراض وعلل مستعصية لم تكن في أسلافنا كالإيدز والهربس والسيلان والزهري، ولما كانت الغاية الأولى من الطب هي تشخيص الاسقام والامراض ومعالجتها بالأدوية والجراحة، فإن أصول العلاج تقف عاجزة أمام هاته الأسقام الفتاكة إذا لم تسند إلى دعامة الوقاية والتشخيص المبكر، والذي أثبت فاعليته في هذا المجال. والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هل يمكن الاستفادة من هذه الفاعلية في ابتناء الأسر والعلاقات الزوجية كشرط في إبرام عقود الزواج؟ ذلك ما سنبحثه في هذا الفرع.

-أولاً: تعريف الفحص الطبي

1- التعريف اللغوي للفحص الطبي

الفاء والحاء والصاد أصل صحيح، وهو كالبحت عن الشيء¹. يقال: فحصت عن الأمر فحصاً إذا بحثت عنه، وفحصت عن الشيء أفحصه فحصاً إذا كشفت عنه. وبه سمي أفحوص القطاة؛ وذلك أنها تفحص الحصى بصدرها حتى تصير إلى لين الأرض فتبيض²، وفحص المطر التراب، إذا قلبه، ونحى بعضه عن بعض فجعله كالأفحوص. وفي الحديث: "فحصوا عن أوساط رءوسهم"³ أي عملوا مثل الأفاحيص، والفحص: شدة الطلب خلال كل شيء⁴.

أما الطب في اللغة فهو بمعنى علاج الجسم والنفس، يقال رجل طب وطبيب لكل عالم بالطب؛ والطبيب: الحاذق من الرجال، الماهر بعلمه؛ أنشد ثعلب في صفة غراسة نخل: جاءت على غرس طبيب ماهر⁵. والمتطبب: الذي يتعاطى علم الطب، وجاء يستطب لوجعه؛ أي يستوصف الدواء الذي يصلح لدائه، وجمع القليل: أطبة، والكثير: أطباء⁶.

2- التعريف الاصطلاحي للفحص الطبي

الفحص الطبي - في مفهومه العام - يطلق على قيام الطبيب بمعاينة المريض ظاهرياً من خلال الدلائل الإكلينيكية، بهدف التحقق من وجود ظواهر معينة تساعده في الوقوف على حقيقة تشخيص حالته، وتقديرها من الناحية الصحية، ومن ثم ترجمة تلك الظواهر والدلائل الناتجة عنها، لاستخلاص النتائج السائغة وفقاً للمعطيات العلمية لوضع التشخيص، وتحديد نوع المرض، ومركزه بين الأمراض الأخرى⁷. ومنه فالفحص الطبي قد يكون ابتدائياً؛ من خلال الاستماع والنظر إلى حال المريض، وقد يكون سريرياً؛ من خلال المعاينة الحسية له على السرير، ووقد يكون تكميلياً؛ عبر التحاليل والأشعة والمناظير الطبية المختلفة⁸.

أما الفحص الطبي قبل الزواج فعبائر أهل الاختصاص فيه متقاربة، حيث عرفه:

- 1 - ابن فارس، أحمد: مقاييس اللغة، مرجع سابق، ج 4، ص 477.
- 2 - ابن دريد، أبو بكر: جمهرة اللغة، مرجع سابق، ج 01، ص 541. ابن سيده، أبو الحسن: المحكم والمحيط الأعظم، مرجع سابق، ج 03، ص 160.
- 3 - ابن أنس، مالك: الموطأ، مرجع سابق، كتاب الجهاد، باب النهي عن قتل النساء والولدان في الغزو، ج 2، ص 447.
- 4 - ابن فارس، أحمد: مجمل اللغة، مرجع سابق، ص 712. ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 7، ص 63.
- 5 - الزبيدي، محمد مرتضي، تاج العروس، مرجع سابق، ج 3، ص 259. ابن سيده، أبو الحسن: المحكم والمحيط الأعظم، مرجع سابق، ج 9، ص 134.
- 6 - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 1، ص 553.
- 7 - عرجاوي، مصطفى: أحكام نقل الدم في القانون المدني والفقہ الإسلامي، دار المنار، مصر، ط 2، 1993، ص 35 و 36.
- 8 - حماد، رأفت: أحكام العمليات الجراحية، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقہ الإسلامي، دار النهضة العربية، مصر، د.ط، د.ت، ص 13 و 14.

- عبد الحميد القضاة: "بأنه مجموعة من الفحوصات المخبرية والسريية، التي يقترح عملها لأي شريكين قبل ارتباطهما بعقد الزواج، وذلك لتقديم النصح لهما، بهدف الوصول إلى حياة زوجية سعيدة وأطفال أصحاء، وبالتالي أسرة مسلمة ومجتمع سليم"¹.

بينما عرفه صفوان عضبيات بأنه: "فحص المقبلين على الزواج قبل عقد القران في مراكز محددة لهذه الغاية، للكشف عن احتمالية حملها لأمراض وراثية أو معدية أو مضرّة، يترتب عليها عدم استقرار الحياة الزوجية، وتقديم المشورة المناسبة لحالتيهما"².

وعليه يمكن القول بأن الفحص الطبي قبل الزواج، يعني استقصاء الحالة الصحية لكل من الزوجين، ودراستها من حيث وجود أمراض واعتلالات من شأنها التأثير على الحياة الزوجية مستقبلاً، وتكدير صفو الود بين الزوجين، وإصابة الذرية باختلالات وأمراض معقدة في قابل الحياة. وهي تتضمن -في غالبها- كشفاً عن العيوب المخلة بمقصد النكاح والأمراض المزمنة، وفحوصات عن علل الدم، والأمراض المعدية، والعلل الوراثية، وأمراض الكبد، والجهاز البولي، والمناعة، والقدرة على الإنجاب، كما يندرج ضمن المعاينة تقديم نصائح صحية، ونفسية، وثقافية، لتزويد المتقدمين بمبادئ صحية أسرية مبنية على أسس علمية سليمة³.

-ثانياً: العيوب والأمراض المعنية بالفحص الطبي قبل الزواج

يعرف هذا العصر انتشاراً رهيباً لأمراض كثيرة تفتك بالصحة الإنسانية وتذهب بنضارتها. وقد أسهم التطور العلمي والتكنولوجي في مجال الطب في الكشف عن الكثير من هذه الأمراض، والبحث عن أدواء ناجعة لها، كما أبان عن المصدر الغالب لهاته الأمراض والعلل، وبسبب التأثير المباشر لهذه الاعتلالات على استقرار الحياة الزوجية وعلى الكيان الصحي للأزواج والذرية، فإنه يحسن بنا قبل التطرق إلى الحكم الشرعي والقانوني لهاته الفحوصات بيان وتحديد صفة الأمراض والاختلالات التي ثبت علمياً وواقعاً تحقق هذا الضرر بها. وعليه فنقسم دراستنا في هذا الفرع على بنود ثلاث هي:

1- عيوب الرد:

1 - القضاة، عبد الحميد: الفحص الطبي قبل الزواج ضرورة أم ترى؟، جمعية العفاف الخيرية، الأردن، ط 1، 2003، ص 09.
2 - عضبيات، صفوان محمد: الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية تطبيقية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط 1، 2009، ص 57.
3 - الهاجري، مسلط: الفحص الطبي قبل الزواج في القانون الكويتي، مجلة مركز البحوث والدراسات الإسلامية، جامعة القاهرة، مصر، ع 35، يناير 2013م، ص 521.

قد يتعكر صفر الحياة الزوجية بعلم أحد الزوجين بإصابة صاحبه بعيب مخل بمقصود النكاح من الاستمتاع والاستئناس، أو وقوفه على مانع يحول دون البناء به، مما يبذل المودة والرحمة نفرة وبعدا وتشتتا للأسرة وقطعا للأواصر بين الأرحام والعوائل المتصاهرة. لذلك عالج الفقه هذه المسألة، وأصل أحكامها على النحو التالي:

يرى جمهور الفقهاء¹ من حنفية²، ومالكية³، وشافعية⁴، وحنابلة⁵ جواز التفريق للعيوب التي قد تعتري أحد الزوجين، لما روي عن رسول الله ﷺ أنه تزوج امرأة من بني غفار، فلما بنى بها، وقعد على الفراش أبصر بكشحها بياضا فانحاز عن الفراش، ثم قال: «خذي عليك ثيابك، ولم يأخذ مما آتاها شيئا»⁶.
وبما ورد في الموطأ عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «أبما رجل تزوج امرأة وبها جنون، أو جذام، أو برص، فمسها، فلها صداقها كاملا، وذلك لزوجه غرم على وليها»⁷. ومضى بذلك القضاء في عهد عمر وعثمان رضي الله عنهما في العنة⁸، وهو رأي ابن مسعود رضي الله عنه⁹.
غير أن أصحاب هذا الرأي اختلفوا بشأن من يثبت له حق التفريق، كما اختلفوا في جملة العيوب التي يثبت بها هذا الحق.

أ- صاحب حق الرد بالعيوب: (من يثبت له حق الرد بالعيوب):

يرى الحنفية أن حق الرد بالعيوب ثابت للزوجة خاصة، دون الزوج الذي له مكنة التخلص من ضرره بالطلاق، فضلا عن إمكان تحصيل مقصود النكاح من جهة أخرى غير زوجه بملك اليمين أو النكاح،

1 - خالف في ذلك ابن حزم والشوكاني، وقالوا بأنه لا يفسخ النكاح بشيء من العيوب قبل الدخول ولا بعده، وقد ورد في المحلى: "لا يفسخ النكاح بعد صحته بجذام حادث، ولا برص كذلك، ولا بجنون كذلك، ولا بأن يجد بها شيئا من هذه العيوب، ولا بأن تجد هي كذلك، ولا بعنانة ولا بداء فرج، ولا بشيء من العيوب". ويقول الإمام الشوكاني في نيل الأوطار: "من أمعن النظر لم يجد في الباب ما يصلح للاستدلال به على الفسخ بالمعنى المذكور عند الفقهاء". ينظر: الشوكاني، نيل الأوطار، مرجع سابق، ج 6، ص 188. ابن حزم: المحلى، مرجع سابق، ج 9، ص 266.

2 - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج 2، ص 322. السرخسي، كتاب المبسوط، مرجع سابق، ج 5، ص 100.

3 - ابن أنس، مالك، المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج 2، ص 142. الدردير، الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 2، ص 277.

4 - الشافعي، الرسالة، مرجع سابق، ج 5، ص 90. النووي، المجموع شرح المذهب، مرجع سابق، ج 16، ص 286.

5 - ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج 07، ص 199. ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، مرجع سابق، ج 7، ص 566.

6 - أحمد، المسند، مرجع سابق، حديث كعب بن زيد رضي الله عنه، ج 25، ص 417.

7 - ابن أنس، مالك: الموطأ، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب ما جاء في الصداق والحباء، ج 3، ص 752.

8 - عبد الرزاق، المصنف، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب كم يؤجل العنين، ج 3، ص 503. الدارقطني: السنن، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب المهر، ج 4، ص 469.

9 - عبد الرزاق، المصنف، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب أجل العنين، ج 6، ص 253. الطبراني، المعجم الكبير، مرجع سابق، باب العنين، ج 9، ص 342.

بخلاف الزوجة التي لا تتوصل إلى ذلك كله لا بطلاق ولا بإعادة الزواج، فثبت لها الخيار لإزالة ظلم هذا التعليق. واحتجوا بقول بن مسعود « لا ترد الحرة بعبء»¹. وفسروا رد النبي ﷺ لامرأة بني غفار بالطلاق، عندما قال ﷺ: «الحقي بأهلك»، وهو من كناياته، وكذا الخيار المثبت عن عمر رضي الله عنه².
بينما أثبت الجمهور حق الرد للزوجين معاً، واستدلوا بأن الزوجين في حكم العقد سواء. فإذا كان الفسخ ثابتاً للزوجة إذا وجدت زوجها عنينا أو محبوباً، فكذلك الزوج إذا وجد بزوجه ما يخل بالمقصود من رتق وقرن. وكان له الحق في إثبات الخيار بالفسخ، لا بالطلاق لأن الأول مسقط للمهر بخلاف الثاني³.

ب- عيوب الرد:

اتفقت كلمة أئمة المذاهب الأربعة⁴ على التفريق بعيب الجب⁵ والعنة⁶، واختلفوا فيما وراء ذلك؛
- فبالنسبة للعيوب التي يختص بها الرجال: أضاف الحنفية والمالكية والحنابلة عيب الخصاء⁷، بينما أسقطه الشافعية من أسباب خيار الفسخ لعدم فوات المقصود به⁸.
- أما العيوب التي يختص بها النساء: فجمهرة الفقهاء على أن الرتق والقرن سببين معقولين شرعاً لطلب الزوج الفسخ، لتحقق فوات مقصد الاستمتاع معهما بانسداد الفرج، بسبب تلاحم الشفرين في الرتق، أو

1 - ابن أبي شيبة، المصنف، مرجع سابق، كتاب النكاح، المرأة يتزوجها الرجل وبها برص أو جذام فيدخل بها، ج 3، ص 487.

2 - السرخسي، كتاب المبسوط، مرجع سابق، ج 5، ص 97. الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج 2، ص 327 و328.

3 - القرافي، أبو العباس: الذخيرة، مرجع سابق، ج 4، ص 420. الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج 9، ص 339.

4 - السمرقندي، أبوبكر: تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 2، 1994م، ج 2، ص 225. عبد الوهاب، أبو محمد: التلقين في الفقه المالكي، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 2004م، ج 1، ص 117. الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج 9، ص 338. ابن قدامة المقدسي: الكافي في فقه أحمد ابن حنبل، مرجع سابق، ج 03، ص 42.

5 - الجب: هو -يفتح الجيم- القطع، والحبوب عند الحنفية والمالكية الذي استؤصل ذكره وأثنياءه، أما عند الشافعية والحنابلة فهو قطع الذكر كله، أو بعضه مع امتناع الجماع به. يراجع: ابن فارس: معجم اللغة، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط 2، 1986، ج 01، ص 475. البابرتي، أكمل الدين: العناية شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت، ج 03، ص 117. الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج 9، ص 340. ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج 07، ص 186.

6 - العنة: هي -بضم العين- هي عدم إتيان النساء أو اشتهاهن، والعين في عرف الحنفية والشافعية والحنابلة هو العاجز عن الجماع مع قيام الآلة، لمانع مرض أو ضعف أو كبر سن... أما عند المالكية فهو الذي لا يتأتى جماع مثله لصغر ذكره. الفيومي: المصباح المنير، مرجع سابق، ج 02، ص 432. الزيلعي، تبين الحقائق، مرجع سابق، ج 03، ص 21. عبد الوهاب، أبو محمد: التلقين في الفقه المالكي، مرجع سابق، ج 1، ص 117. النووي، المجموع شرح المذهب، مرجع سابق، ج 16، ص 278. ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج 07، ص 199.

7 - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج 2، ص 336. القرافي، أبو العباس: الذخيرة، مرجع سابق، ج 4، ص 428. ابن تيمية، المحرر في الفقه، مرجع سابق، ج 2، ص 24.

8 - الجويني، نهاية المطلب، مرجع سابق، ج 12، ص 499.

لوجود قطعة لحم أو عظم في القرن¹. وخالفهم في ذلك الحنفية بعدم إثبات هذا الحق للزوج مطلقاً لإمكان الفرقة بالطلاق².

وانفرد المالكية والحنابلة بإضافة الإفضاء، والعفل، وبخر الفرج إلى عيوب التفريق لما فيها من النفرة واستحالة المقام معها دون ضرر³.

- أما العيوب التي يشترك فيها الرجال والنساء:

فيرى المالكية والشافعية والحنابلة ومحمد بن الحسن من الحنفية⁴ أن الجنون والجذام والبرص عيوب توجب الرد للأثر الوارد عن النبي ﷺ في رده امرأة بن غفار بإصابتها بالبرص، ويلحق به الجذام لتحقق النفرة بهما في الطبع عادة. وقد قال ﷺ: «فر من المجذوم فرارك من الأسد»⁵. وهو نص في اعتبار الجذام سبباً للفرار الذي يحققه خيار الفسخ.

أما الجنون فلا يتحقق معه مقصود النكاح مطلقاً. وقد "قضى عمر رضي الله عنه في البرصاء والجذام والمجنونة إذا دخل بها فرق بينهما والصداق لها بمسيسه إياها، وهو له على وليها"⁶. فيثبت بهذه العيوب للزوجين الحق في الفسخ على رأي الجمهور، بينما يقصر هذا الحق محمد بن الحسن على الزوجة دون الزوج الذي يملك حق الطلاق⁷.

كما قال مالك وأحمد بالتفريق بعيب استطلاق الغائط أو البول عند الجماع⁸، وتوسع أصحاب أحمد في هذه المسألة؛ فقالوا بجواز التفريق بعيب بخر الفم الصنان والباسور والناصور¹.

1 - ابن الحاجب، جامع الأمهات، مرجع سابق، ص 272. الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج 5، ص 91. ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، مرجع سابق، ج 4، ص 85.

2 - السرخسي، كتاب المسوط، مرجع سابق، ج 5، ص 95.

3 - الدردير، الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 2، ص 277.

4 - المرغيناني، بداية المبتدي، مرجع سابق، ص 84. القيرواني، أبو زيد: النوادر والزيادات، دار الغرب الإسلامي، لبنان، ط1، 1999م، ج 4، ص 533. المزني، مختصر المزني، مرجع سابق، ج 8، ص 277. الخرقى، مختصر الخرقى، مرجع سابق، ص 104.

5 - أحمد، المسند، مرجع سابق، مسند أبي هريرة رضي الله عنه، ج 15، ص 449. البيهقي، السنن الصغير، جامعة الدراسات الإسلامية، باكستان، ط 1، 1989، مسند أبي هريرة رضي الله عنه، ج 15، ص 449. - ابن أبي شيبة، المصنف، مرجع سابق، كتاب الأطعمة، باب من كان يتقي المجذوم، ج 5، ص 142.

6 - الدارقطني، السنن، عالم الكتب، بيروت، ط 1986، 4م، كتاب النكاح، باب المهر، ج 4، ص 398. وقال الشوكاني: " وأثر عمر رضي الله عنه أخرجه أيضاً سعيد بن منصور عن هشيم بن يحيى بن سعيد عن ابن المسيب عنه ورواه الشافعي من طريق مالك وابن أبي شيبة عن أبي إدريس عن يحيى، قال الحافظ في بلوغ المرام: ورجاله ثقات". الشوكاني، نيل الأوطار، مرجع سابق، ج 6، ص 186.

7 - ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج 4، ص 137. ابن جزى، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص 142. ابن المحاملي، اللباب في الفقه الشافعي، دار البخارى، السعودية، ط1، 1416هـ، ص 313. البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، ج 5، ص 111.

8 - الخرشى، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج 3، ص 236. الكلوزاني، الهداية على مذهب الإمام أحمد، مرجع سابق، ص 395.

والراجح بعد هذا كله، أن كل عيب يترتب عليه اختلال الحياة الزوجية ويتضرر أحد طرفيها ضرراً شديداً تحصل معه النفرة والبعد، ويتعطل معه مقصد الزواج فهو موجب للخيار، وفي ذلك يقول ابن القيم في زاد المعاد: "وأما الاقتصار على عييين أو ستة أو سبعة أو ثمانية، دون ما هو أولى منها أو مساو لها، فلا وجه له فالعمى والخرس والطرش، وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو إحداهما، أو كون الرجل كذلك من اعظم المنفرات، والسكوت عنه من اقبح التدليس والغش، وهو مناف للدين، والإطلاق إنما ينصرف إلى السلامة، فهو كالمشروط عرفاً، وقد قال أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له: "أخبرها أنك عقيم، وخيرها"²، فماذا يقول رضي الله عنه في العيوب التي هذا عندها كمال لا نقص؟"³. وأضاف: "والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه، ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة، يوجب الخيار، وهو أولى من البيع، كما أن الشروط المشتركة في النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع، وما أزم الله ورسوله ﷺ مغروراً قط ولا مغبوناً بما غر به وغبن به، ومن تدبر مقاصد الشرع في مصادره وموارده وعدله وحكمته وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول وقربه من قواعد الشريعة"⁴. ومن شأن الفحص الطبي السابق للبناء أن يكشف عن هذه العيوب، ويكفي الكثير من الأسر شر النزاع، والشقاق، والتشتت، والحيرة، والفرقة، و"الأرحنا القضاء، وعملنا على بناء أسر سليمة من الأمراض، ورفعنا الضرر بعدم انتشار الأمراض، ولكان الستر على الأعراض والأشخاص أتم وأرضى"⁵.

2- الأمراض الوراثية

مع التقدم الكبير لهذا العصر تمكن الإنسان من فك بعض أسرار علم الجينات⁶، الذي تركز عليه علوم الهندسة الوراثية الحديثة. فالجين باعتباره وحدة الأساس في علم الوراثة، هو الذي يتحكم في صفات الكائن الحي، وعمل خلايا الكيمائية، كما يقع على عائق هذه القواعد مهمة حمل الشفرة، التي يتم بها صنع البروتينات الضرورية لبناء الجسم، وإتمام تفاعلاته الكيمائية، وتكوين مركباته حسب نوع الخلية، وموقعها،

1 - ابن مفلح، الفروع، مرجع سابق، ج 8، ص 285.

2 - عبد الرزاق، المصنف، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب الرجل العقيم، ج 6، ص 162.

3 - ابن القيم، زاد المعاد، مرجع سابق، ج 5، ص 166.

4 - ابن القيم، زاد المعاد، مرجع سابق، ج 5، ص 166.

5 - السرطاوي، محمود علي: شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 314.

6 - تقدر نسبة الجينات بـ 70% من طول الحمض النووي، بتعداد يقارب 100 ألف جين، ولم يكشف العلم من هذه الجينات إلا 7 آلاف تقريباً، أما البقية الباقية من DNA فلا زالت محل بحث عن كنهها. ينظر: الهاللي، سعد الدين: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية دراسة فقهية مقارنة، مرجع سابق، ص 30. الكعبي، خليفة: البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، مرجع سابق، ص 23.

والوظيفية البيولوجية المنوطة بها¹. كل ذلك من خلال العدد الضخم الذي يحويه الجين من الأحماض الأمينية والقواعد النروجينية البالغة 30 ألفاً، والمؤلفة بحروف الحياة الأربع A.T.C.G، والتي تتراص على طول الحمض النووي، وفق نمط زوجي مميز ومنظم؛ فالأدينين يرتبط بالثايمين، والجوانين بالسييتوزين، وتتكرر العملية على نحو ثلاثة ملايين من القواعد الزوجية على نحو لا يجتمع لشخصين اثنين². وأي خلل في هذا النظام الدقيق يمكن أن ينجم عنه طفرة أو خلل وراثي³، يؤدي إلى أمراض عديدة، أوصلها العلماء إلى عشرة آلاف مرض⁴. وبعض من هذه الاعتلالات مما تستعصي مداواته بالطرق المعهودة، وتحتاج إلى تقنيات وتجهيزات جد دقيقة، وباهظة التكاليف. فضلاً عن أكثرها لا علاج له، وقد بينت الأرقام الإحصائية أن 3% على الأقل من الأجنة مصابة بأمراض وراثية، وأن بعضاً من هذه الأمراض هو السبب في موت 83% من الوفيات في بعض الدول الغربية⁵. ويمكن تقسيم هذه الاختلالات الوراثية إلى أقسام ثلاثة هي:

أ- الأمراض الكروموزومية: ⁶(Chromosomal Disorders Abnormalities)

هي عبارة عن اختلال في تركيب الكروموزوم، أو في عدده نقصاً أو زيادة⁷.

- 1 - فمثلاً ينشط في خلايا البنكرياس جين الأنسولين لإنتاج هذا الهرمون، بينما يتعطل تماماً في الخلايا العصبية؛ تبعاً للاحتياجات أعضاء الجسم. يراجع: القضاة، عبد الحميد: الفحص الطبي قبل الزواج ضرورة أم ترف؟، مرجع سابق، ص 23. الشويرخ، سعد: أحكام الهندسة الوراثية، كنوز إشبيلية، السعودية، ط 1، 2007، ص 60.
- 2 - الهاللي، سعد الدين: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية دراسة فقهية مقارنة، مرجع سابق، ص 32 و 33. البار، محمد: الجنين المشوه، مرجع سابق، ص 279 وما بعدها.
- 3 - عضيات، صفوان محمد: الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية تطبيقية، مرجع سابق، ص 69. القواسمي، بسام محمد: أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط 1، 2010، ص 67. الهاللي، سعد الدين: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية دراسة فقهية مقارنة، مرجع سابق، ص 30 و 31. السيد: معين الدين: الفحص الطبي ما قبل الزواج الأسس والمفاهيم، أعمال وبحاث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي، السعودية، يناير 2000م، ج 03، ص 311. نجم، سالم: المدخل الإسلامي للهندسة الوراثية البشرية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ع 10، 2005م، ص 234 وما بعدها.
- 4 - إدريس، عبد الفتاح محمود: الفحص الجيني في نظر الإسلام، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السعودية ع 59، 2003م، ص 88. الشويرخ، سعد: أحكام الهندسة الوراثية، مرجع سابق، ص 62.
- 5 - عضيات، صفوان محمد: الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية تطبيقية، مرجع سابق، ص 69 وما بعدها. إدريس، عبد الفتاح محمود: الفحص الجيني في نظر الإسلام، مرجع سابق، ص 89.
- 6 - يتسبب الاختلال الصبغي في إسقاط 60% من الأجنة في الحمل المبكر أثناء الولادة، وفي 75% من جميع حالات الإعاقة الشديدة، و 25% من حالات الوفيات: ينظر البار، محمد: الجنين المشوه، مرجع سابق، ص 291 و 294.
- 7 - إدريس، عبد الفتاح محمود: الفحص الجيني في نظر الإسلام، مرجع سابق، ص 89.

- وينشأ الاختلال الصبغي التركيبي (Structural Chromosomal defects) بسبب انكسار أو حذف لجزء من الكروموزوم، نتيجة الفيروسات، أو التركيبات الكيميائية لبعض العقاقير، أو الأشعة، أو...¹، وله صور عديدة أهمها:²

- الانتقال (Translocation):

حيث ينتقل جزء من الصبغي إلى صبغي مقابل له، وينجم عن ذلك تشوهات خلقية.

- الحذف (Deletion):

إذ يحذف جزء بسيط من طرف الصبغي، وينجم عنه نسل متخلف عقليا بدماع صغير، مع مشوهات في القلب.

- المضاعفة المزدوجة (Duplication):

إنتاج جزء من طرف الصبغي على نحو مضاعف فوق الحد الطبيعي، ويتسبب في أمراض بسيطة.

- الانقلاب (Inversion):

يحدث من خلال تبادل لأجزاء صبغية بين الكروموزومات، وينتج عنه متلازمة داون (Thiriasamy 21 Down Syndrome).

- الانقسام المماثل (Iso Chromosome):

: ويحدث في مركز المادة الوراثية، وينتهي بتشوهات في القلب والعظام، وقصر في الرقبة، فضلا عن العقم للأنثى.

- أما الاعتلال الكروموزومي العددي فيظهر نتيجة زيادة، أو نقص في عدد الصبغيات أثناء عملية انقسام الخلية، فوق أو دون الحد الطبيعي (46 كروموزوم). ومن أشهر أمراض هذا الاختلال: إصابة الطفل بالمنغولية (Monoglim)³، أو إصابة البنت بمتلازمة كلينفتر⁴ (kleinfelter Syndrame).

1 - البار، محمد: الجنين المشوه، مرجع سابق، ص 318 وما بعدها.

2 - نجم، سالم: المدخل الإسلامي للهندسة الوراثية البشرية، مرجع سابق، ص 235 وما بعدها.

3 - تحدث نتيجة زيادة عدد الكروموزومات إلى 47 بدلا من 46، بسبب زيادة في الكروموزوم رقم 21؛ بحيث تصبح ثلاثة بدلا من اثنان. ينظر: البار، محمد: الجنين المشوه، مرجع سابق، ص 400.

4 - سببها: زيادة كروموزوم الذكورة "y" وأشهر أعراضه التخلف العقلي والبلادة والتشوهات الخلقية: ينظر: البار، محمد: الجنين المشوه، مرجع نفسه، ص 293.

ب- الأمراض الجينية (Gene Disorders):

هي عبارة عن طفرات وتحورات جينية على مستوى الحمض النووي، تتسبب في ظهور تحولات فيزيولوجية وكيميوكيوية لبعض الجينات¹، وهي قسمان:

- الأمراض الجينية البسيطة:

وسببها طفور جين واحد، يؤدي إلى ثلاثة آلاف مرض تقريباً²، ويمكن تقسيمها إلى نوعين:

* أمراض جسمية: وقد تكون:

- **متنحية:** حيث لا يعاني حاملها من أي مشكلة صحية مرتبطة بالمرض، لأن العطب أو الخلل أصاب إحدى الجينيات، في حين تبقى النسخة الأخرى سليمة. وأشهر صور هذا الاعتلال أمراض الدم الوراثية؛ لاسيما الثلاسيميا³، والأنيميا المنجلية⁴، ونسبة ظهورها في نسل زوجين حاملين هي (25%)⁵.
- **سائدة:** وهي التي لا تتطلب إصابة الأبوين معاً، فوجود جينة واحدة معطوبة كفيلاً بإظهار المرض على حاملها، ولا تغني عنه النسخة الجينية الصحيحة. ويرفع ذلك نسبة إصابة ذرية الشخص المعتل إلى 50% بأمراض أهمها: الودانة⁶ والمنتجتون¹.

1 - إدريس، عبد الفتاح محمود: الفحص الجيني في نظر الإسلام، مرجع سابق، ص 89.

2- تمثل نسبة الإصابة بالطفور الأحادي 1- 5% من جملة أمراض الأطفال. إدريس، عبد الفتاح محمود: الفحص الجيني في نظر الإسلام، مرجع نفسه، ص 89.

3 - الثلاسيميا (Thalassemia): هي مجموعة من الاعتلالات الوراثية، بسبب نقص أو غياب الهيموغلوبين (خضاب الدم)، مما يؤدي إلى تكسر في الكريات الحمراء، وهو من أخطر الأمراض الدموية، وأكثرها انتشاراً في دول البحر المتوسط، والشرق الأوسط، والأدنى، والجنوب الشرقي لآسيا، بمعدل 5% في 60 دولة منها.

- S.L. Blachford: **The Gale Encyclopedia Of Genitic Disorders**, The Gale Group, U.S.A, 1st ed, 2002, V2, p1119. D.P. Karanfliska: **Human Genitic Diseases**, Inteck, Croatia, 1st ed, 2011, p 109.

4- الأنيميا المنجلية (Sickle Cell Anemia): هي اختلالات مزمنة على مستوى البروتين المكون للهيموغلوبين، وتتجسد في صورة انكماش كريات الدم الحمراء بشكل المنجل، بسبب قلة الأكسجين، مما يؤدي إلى آلام شديدة، ومتاعب على مستوى القلب والطحال، كما ينجم عنها مضاعفات الشلل والروماتيزم، والالتهاب الرئوي، وتتسبب في وفاة 80.000 طفل سنوياً. انظر: ريديلي، مات: **الجينوم**، ترجمة مصطفى إبراهيم فهمي، عالم المعرفة، الكويت، د.ط، 2001، ص 167. **الجنزوري**، منير علي: **الجينات وبيولوجيا الأمراض الوراثية**، دار المعارف، مصر، ط1، 2007م، ص 73. **البار**، محمد: **الجين المشوه**، مرجع سابق، ص 228 وما بعدها.

-T.F. Kresina: **An introduction to Molecular, Medicine and gene therapy**, Wiley- liss, London, 2001, p161.-
N.S. Templeton: **Gene And Gell Therapy**, CRC Press, London, 3 ed, 2009, p686.

5 - **عضيات**، صفوان محمد: **الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية تطبيقية**، مرجع سابق، ص 70. **الشويرخ**، سعد: **أحكام الهندسة الوراثية**، مرجع سابق، ص 63.

6 - الودانة (Achondroplasia) هو طفرة سائدة في نمو العظام، تتسبب في قزمية حاملها على مستوى الذراعين والساقين، مع رأس وجسد عريضين.

* **أمراض جنسية:** وتختص بالصبغيات المسؤولة عن تحديد جنس الجنين، وتنجم عن اختلال الكروموزوم الأنثوي الذي يصيب الذكور دون الإناث بنسبة 50% في حالة ما إذا كان المرض متنحياً، أما إذا كان سائداً - وهو نادر - فتشمل الإصابة البنات والبنين، وإن كانت في الذكور أشد². وأشهر أمراض هذا القسم مرض الهيموفيليا³، وأنيميا الفول (G6PD)⁴.

-الأمراض الجينية الكمية (Polygenic Disorders):

هي اختلالات سببها تفاعل تأثير الجينات المختلفة⁵. وغالبية الأمراض مندرجة ضمن هذا القسم؛ إذ تمثل نسبة الإصابة بها بين الأطفال من 25-50%، ومنها: ارتفاع الضغط الدموي، والسكري، والربو، وأكثر الأمراض القلبية، وبعض أنواع السرطانات. وهي تتسبب في وفاة 35% من المصابين بها⁶.

-R. Choy: Parental Diagnosis, Intech, Croatia, 2012, p 74. - S.L. Blachford: **The Gale Encyclopedia Of Genetic Disorders**, op.cit., V1, p17.- R.E. Werss: **Genetic Diagnosis Of Endocrine disorders**, Academic Press, U.S.A, 1st ed, 2010, p 150.

1- المنتحون (Huntingtone): هو تدهور ذهني وعقلي يصل حد الخبل، بسبب تلف بعض الخلايا العصبية وراثياً، ومن أعراضه الحركة غير المنضبطة للجسم مع التلوي والتقلب على نحو يشبه الرقص (Chorea) وينتهي بصاحبه إلى الموت. يراجع: الجنزوري، منير علي: الجينات وبيولوجيا الأمراض الوراثية، مرجع سابق، ص 97 وما بعدها.

-S.L. Blachford: **The Gale Encyclopedia Of Genetic Disorders**, op.cit., V1, p569. -N.S. Templeton: **Gene And Gell Therapy**, op.cit., p 848.- D. Figurski: **Genetic Manipulation Of DNA And Protein**, Intech, Croatia, 1st ed, 2013, p 401.

2 - الشويرخ، سعد: أحكام الهندسة الوراثية، مرجع سابق، ص 64. عضيات، صفوان محمد: الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية تطبيقية، مرجع سابق، ص 70.

3 - الهيموفيليا (Hemophilia): هو مرض وراثي ينشأ عن طفرة في كروموزوم (X)، تعطل معها ميكانيزم تجلط الدم الضرورية لاندمال الجروح، بسبب غياب عامل التجلط الرابع (Hemophilia B)، أو الثامن (Hemophilia A). يراجع: الجنزوري، منير علي: الجينات وبيولوجيا الأمراض الوراثية، مرجع سابق، ص 91 وما بعدها.

-T. Demira: **Innovations In Stem Cell, Transplantation**, Intech, Croatia, 2013. p11. -N.S. Templeton: **Gene And Gell Therapy**, op.cit., p 135. -S.L. Blachford: **The Gale Encyclopedia Of Genetic Disorders**, op.cit., V1, p 523.

4 - أنيميا الفول (G6PD): من أشهر الاضطرابات الإنزيمية للكروموزوم (X)؛ إذ تصيب ما يقرب من 400 مليون شخص في العالم. وتنجم عن طفرة في جين G6PD (جلوكوز 6 فوسفات ديهيدروجينيز)، الذي يجعل كريات الدم تنكسر قبل وقتها الاعتيادي، مما يضر بالمستوى الطبيعي للهيموغلوبين، ويؤدي إلى فقر الدم، واصفرار الجلد والعينين، وتلون البول. ينظر: عضيات، صفوان محمد: الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية تطبيقية، مرجع سابق، ص 71. الجنزوري، منير علي: الجينات وبيولوجيا الأمراض الوراثية، مرجع سابق، ص 95.

- S.L. Blachford: **The Gale Encyclopedia Of Genetic Disorders**, op.cit., V1, p 600. -D.S. Silverberg: **Anemia**, Intech, Croatia, 1st ed, 2012, p 52.

5 - إدريس، عبد الفتاح محمود: الفحص الجيني في نظر الإسلام، مرجع سابق، ص 89 و 90.

- J.D. Watson: **DNA, The Secret Of Life**, Knopf, Newyork, 1st ed, 2004, p312. -S.L. Blachford: **The Gale Encyclopedia Of Genetic Disorders**, op.cit., V2, p 1297.

6 - إدريس، عبد الفتاح محمود: الفحص الجيني في نظر الإسلام، مرجع سابق، ص 89 و 90.

ج- أمراض متعددة الأسباب:

هي علل متفرقة الأعراض، ويصعب حصرها؛ كأمراض المادة الوراثية "الميتوكوندريا"¹، والتي تنتقل إلى الأطفال عبر أمهم المصابة²، ومن أعراضها مرض ليبير الوراثي للعصب البصري "LHON"³، ومرض التقلصات العضلية الصرعية، وتشعث الألياف العضلية الحمراء⁴ (MERREF).

3- الأمراض المعدية

تنجم الأمراض المعدية عن تفاعل واحتكاك الإنسان ببيئته الميكروبيولوجية، المتمثلة في الأجسام المجهرية المختلفة من فيروسات وبكتيريا وفطريات...⁵، وأهم هذه الأمراض المعدية، وأشدها فتكا، ما تناقل منها عن طريق الجنس⁶، وأغلبها من نوازل هذا العصر لذلك سنفرد لها بالدراسة، من خلال التطرق إلى أشهر أنواعها المستجدة:

أ- الإيدز (Acquired Immune Deficiency Syndrome):

هو متلازمة تقوم على مجموعة من الأعراض المرضية المفضية إلى فقدان المناعة بغير الأسباب الطبية أو الوراثية⁷. إذ تنخفض الخلايا اللمفاوية (T4) المسؤولة عن المناعة انخفاضاً شديداً. فيكون الجسم فريسة متاحة لكل الجراثيم والأورام الخبيثة، التي تؤدي بحياته في غضون عامين أو ثلاثة من التشخيص¹.

- T.F. Kresina: *An introduction to Molecular, Medicine and gene therapy*, op.cit., p 05.

¹ - الميتوكوندريا: هي مادة وراثية في الخلية، مسؤولة عن إمدادها بالطاقة لانتاج البروتين.

-S.L. Blachford: *The Gale Encyclopedia Of Genetic Disorders*, op.cit., V2, p 974.

² - المدخلي، منصور: *الكشف الطبي قبل النكاح وآثاره الفقهية والطبية والنظامية*، مجلة الحكمة، السعودية، ع 38، 2009، ص 145. القره داغي، علي محيي الدين: *الفحص الطبي قبل الزواج*، المجلة العلمية لمجلس الإفتاء الأوربي، أيرلندا، ع 7، يونيو 2005م، ص 284.

³ - هو عبارة عن طفرة في الحمض النووي بالميتوكوندريا، تؤدي إلى تدمير العصب البصري، ومن ثم العمى. الجنزوري، منير علي: *الجينات وبيولوجيا الأمراض الوراثية*، مرجع سابق، ص 99.

-S.L. Blachford: *The Gale Encyclopedia Of Genetic Disorders*, op.cit., V1, p 652.

⁴ - هو عطب في إحدى الجينات بالميتوكوندريا المسؤولة عن تكوين حمض tRNA، وبذلك تقل الطاقة الناتجة عن الميتوكوندريا عن حاجة الخلية سيما العضلية منها، مما يؤدي إلى تقلصات في العضلات، وتشنجات صرعية، وضمورا، ومشاكل في القلب والكلى. الجنزوري، منير علي: *الجينات وبيولوجيا الأمراض الوراثية*، مرجع سابق، ص 100.

-N.S. Templeton: *Gene And Gell Therapy*, op.cit., p 873.

⁵ -J. Austruc & autres: *Association Des Professeurs De Pathologie Infectieuse & Tropicale: Malades Infectieuses*, France, 4^e ed, 1994, p 5. -K. J. Ryan and C. G. Ray: *Sherris Medical Microbiology, An introduction to infectuous Diseases*, McGraw – Hill, USA, 4th ed, p4.

⁶ - رغم كل التطور الذي أحرزه العلم في علاج الأمراض، فإن منظمة الصحة العالمية تقدر عدد حالات الإصابة الجديدة بالأمراض الجنسية المنتقلة بـ 340 مليون كل سنة؛ 174 مليون منها تخص مرض التراكوميس، و 92 مليون للكلاميديا، و 62 مليون للسيلان، و 12 مليون للزهري.

-A. J. Rodriguez: *Current Topics Intropical Medicine*, Intech, Croatia, 1st ed, 2012, p 457.

⁷ - البار، محمد: *الأمراض الجنسية، أسبابها وعلاجها*، دار المنارة، السعودية ط 2، 1986م، ص 133. القضاة، عبد الحميد: *الأمراض الجنسية عقوبة الهية*، دار الكتب الوطنية، الأردن، ط 1، 1985م، ص 120.

وظهرت أولى حالاته بكنشاسا عام 1959، ثم عم انتشاره حتى أضحى طاعون العصر الأسود²، لانعدام مصبل شاف منه، فضلا عن سهولة وسرعة انتشاره عبر سوائل الجسم المصاب؛ من دم وحليب و...³

ب- الزهري (Syphilis):

هو أحد أخطر الأمراض التفرحية الوبائية المتنقلة عن طريق الاتصال المباشر باللمس، أو بالدم، أو عبر ممارسة الجنس⁴؛ إذ تقوم ميكروبات لولبية تدعى (Treponema)⁵، أو "الشاحبة" بغزو الأغشية المخاطية للجسم على نحو كاسح عبر مراحل ثلاث⁶:

-J. Card, A. Amarillas: **The Complete Hiv/Aids Teaching kit**, Springer Publishing Company, USA, 2008, p 27.
-G. Grons, S.Tyring: **Sexually Transmitted Infections and Sexually Transmitted Diseases**, Springer Publishing Company, Berlin, 2011, p24.

¹- البار، محمد: **الأمراض الجنسية**، مرجع سابق، ص 138.

-G. Grons, S.Tyring: **Sexually Transmitted Infections and Sexually Transmitted Diseases**, op.cit., p 278.- J. Shoquist, D. Stafford: **The Encyclopedia Of Sexually Transmitted Diseases**, Facton File Inc, USA, 1st ed, 2004, p 84.

² - تشير الإحصائيات والأرقام أن عدد المصابين بالعوز المناعي بـ 42 مليون مع نهاية سنة 2002. أن عدد الحالات الجديدة للإيدز في سنة 2010 قارب 2.7 مليون وأن عدد من توفوا بسبب هذا المرض يقدر بـ 28 مليون وحصّة إفريقيا من هذا الوباء هي الأعلى بما نسبته 67% من مجموع سكانها ويكلف هذا الوباء إفريقيا وحدها 17 مليون دولار كل سنة، وللاستزادة تراجع:

-J. Card, A. Amarillas: **The Complete Hiv/Aids Teaching kit**, op.cit., p87. -J. Shoquist, D. Stafford: **The Encyclopedia Of Sexually Transmitted Diseases**, op.cit., p xi. -M. Tibayrenc: **Encyclopedia of Infuau Diseases**, Wiley-Liss, USA, 1st ed, 2007, p 45. -Word Health Organization: **Health, Situation Analysis The African Region**, Replika Press pvt. India, Ltd, 2011, p29 & 30. -Word Health Organisation: **Statistiques Sanitaire Mondiale**, 2012, OMS, Suisse, 2012, p14. -S.L. Blachford: **The Gale Encyclopedia Of Genitic Disorders**, op.cit., V2, p600.

³ - البار، محمد: **الأمراض الجنسية**، مرجع سابق، ص 169. القضاة، عبد الحميد: **حصاد الشذوذ**، دار ابن قدامة، لبنان، ط2، 1986، ص 28 وما بعدها.

-J. Card, A. Amarillas: **The Complete Hiv/Aids Teaching kit**, op, cit., p27.

⁴ - البار، محمد: **الأمراض الجنسية**، مرجع سابق، ص 314. القضاة، عبد الحميد: **الأمراض الجنسية عقوبة إلهيه**، مرجع سابق، ص 49 وما بعدها.

-A. J. Rodriguez: **Current Topics Intropical Medicine**, op, cit., p468.

⁵ - هي فيروسات حساسة جدا ولا تعيش إلا في جسم الإنسان، تأخذ شكل اللولب والذي يعينها في اختراق خلايا الجسم والتنقل بينها، اكتشفت سنة 1905. للاستفاضة، ينظر:

-N. S. Sato: **Syphilis, Recognition, Description And Diagnosis**, Intech, Croatia, 1st ed, 2011, p 03. -N. Malla: **Sexually, Transmitted Infection**, Intech, Croatia, 1st ed, 2012, p 90 & 91.-Y. W. Tang: **Recent translation Researth in Hiv**, Intech, Croatia, 1st ed, 2011, p130.

⁶ - القضاة، عبد الحميد: **الأمراض الجنسية عقوبة إلهيه**، مرجع سابق، ص 53 وما بعدها. البار، محمد: **الأمراض الجنسية**، مرجع سابق، ص 318 وما بعدها.

-J. Maddock: **Social And Behavioral Health**, Intech, Croatia, 1st ed, 2012, p486.- N. Malla: **Sexually, Transmitted Infection**, op, cit., p 92 &93.

تظهر في الأولى على شكل قرحة صلبة غير مؤلمة، ثم تختفي لتنتقل التريونوما إلى الدم - في المرحلة الثانية - حيث تعم جميع الجسم مما يسبب ارتفاعا في درجة الحرارة، وآلاما، وصداعا، مع طفح جلدي عام، وتورمات ثؤلولية والتهاجات حلقية، وتدوم هذه المرحلة من 3-12 شهرا. ثم تختفي هذه الأعراض مرة أخرى - في المرحلة الأخيرة - وهي الأخطر إذ تدوم من 3-20 سنة، ويصاب فيها القلب والأوعية الدموية والجهاز العصبي بأكمله، مما يؤدي إلى الشلل التام، مع آلام وتورمات في المفاصل والعضلات، وتشوه خلقي في العظام والأسنان، وضعف في الكبد والطحال والرئتين، ويكون بذلك مقدمة للإصابة بالسرطان¹.

ج- الهربس (Herpes):

هو مرض جنسي جاد يسببه فيروس هربس هو منس (Herpes Hominis)، ويظهر بشكل تقرح شديد أحمر اللون، مع حكة وبثور على الأعضاء التناسلية، وتبدأ صغيرة ثم تكبر بسرعة، ويزداد حجمها، حتى تتآكل وتلتهب، ويصاحبها ألم شديد، لتنتهي صديدا ينشر الالتهاب إلى الفخذ والعانة عند الرجال. أما أعراضه عند النساء، فتكون بتهيج الفرج، والتهاب عنق الرحم مع آلام حادة، وحكة مزعجة، ومن الممكن إذا تضاعف أن يحدث سرطان عنق الرحم. كما ينتقل هذا المرض عبر المشيمة إلى الجنين، مما يؤدي إلى موته أو إجهاضه، أو إصابته بالعمى، أو التشوهات². ورغم أن هذا المرض ليس بالحديث، إلا أن انتشاره على نحو ذائع وواسع يرجع بالدرجة الأولى إلى الإباحية المطلقة، والشذوذ الجنسي الذي عم الغرب في الستينيات من القرن الماضي³.

د- السيلان (Gonorrhea):

¹ - رغم انحصار وباء السفلس منذ اكتشاف البنسلين سنة 1943، إلا أنه عاود الانتشار بقوة في بداية القرن 21، بسبب التمادي في الشذوذ الجنسي؛ ففي بعض دول أوروبا تضاعفت حالات الإصابة ثماني مرات سنة 2001، بما قدره 13.5 حالة لكل 100 ألف شخص.

-J. Maddock: **Social And Behavioral Health**, op, cit., p486. - D. Gauzeran: **Lésions A Risque & Cancers De La Bauche**, CDP, france, 2007, p 32.

² - البار، محمد: **الأمراض الجنسية**، مرجع سابق، ص 235 وما بعدها. القضاة، عبد الحميد: **الأمراض الجنسية عقوبة إلهية**، مرجع سابق، ص 111 و112.

-R. L. Guerrant: **Tropical Infectons Diseases**, Elsevier Inc, USA, 2nd ed, 2006, p 590 & 591. -G. R. Monif: **Infections Diseases In Obstetrics And Gynecology**, The Parthenon Pub.Group, USA, 5th ed, 2005, p139 & 140. -K. J. Ryan and C. G. Ray: **Sherris Medical Microbiology**, op.cit., p 555 &556. -J. S. Remington: **Infections diseases of the fetus and Newborn infant**, Elsevier Inc, USA ,7th ed, 2011. p813 &814.

³ - تقدر الإحصائيات عدد الإصابات الجديدة كل سنة بـ 1 مليون في أمريكا وحدها، و30% من النساء الأمريكيات مصابات بالهربس²، من أصل 40 مليون مصاب أمريكي. البار، محمد: **الأمراض الجنسية**، مرجع سابق، ص 233 و234.

-G. D. Macel: **Herpesviridae**, Intech, Croatia, 1st ed, 2012, p137. -G. R. Monif: **Infections Diseases In Obstetrics And Gynecology**, op, cit., p136.

يعتبر السيلان أكثر الأمراض الجرثومية انتشاراً، أو أشدها فتكاً في الوقت الراهن؛ إذ تشير التقارير الطبية إلى أن عدد المصابين به في العالم يصل إلى 500 مليون، وهو في ازدياد مضطرد¹. ومرد الإصابة به يرجع إلى جرثومة بيضوية اسمها (Neisseria Gonorrhoea) التي تنتقل بالاتصال الجنسي². وتبدأ أعراضه بحرقان بمجرى البول ووخز مؤلم تعسر معه عملية التبول، ويتطور إلى إفراز صديدي لزج وسميك، مع احمرار في فتحة مسلك البول الخارجية. ثم يتقدم الالتهاب ليصل المثانة، ويزداد بذلك الألم الحارق، مع صداع وحمى، وانهاك جسدي شامل. ليصل بعدها إلى الحويصلات المنوية مما يتسبب في العقم. ومما يزيد في خطورة هذا المرض أن لجراثيمه القدرة على مقاومة الأدوية بنسبة 30%، وتصل درجات الخطورة أقصاها مع النساء اللواتي لا تظهر عليهن علامات المرض، رغم أنهن معديات في 80% من الحالات، مما يؤخر من اكتشاف المرض، الذي قد يصل إلى المبيض لتصبح المريضة عقيماً. وقد تعدي الأم طفلها أثناء الولادة ليصاب بالرمد الوليدي³.

4- اختلالات وعلل أخرى

ويأتي على رأسها المرض الفيروسي الشهير بالحميراء أو الحصبة الألمانية. وهو مرض حاد يسببه فيروس "Rubella"; وتستمر حضانتها من 12-23 يوماً. وأهم أعراضه طفح جلدي، مع بقع مسطحة حمراء قانية، وتضخم في الغدد اللمفاوية، فضلاً عن ألم في المفاصل. وينتقل عبر استنشاق الهواء، وعن طريق المشيمة في حال إصابة الأم، مما يتسبب في تشوهات خلقية على مستوى القلب، وإعتام عدسة العين، وصغر حجمها، واضطراب في نمو العظام، وتخلف عقلي، مع صغر الرأس؛ لذا وجب على المرأة المصابة أن تحقن بالمصل الواقي قبل الزواج (MMR)⁴.

1 - يطرده معدل الإصابة بمرض السيلان كل سنة بـ 62 مليون حالة جديدة، وتوزع نسب الإصابة سنة 2001 - حسب منظمة الصحة العالمية - على النحو التالي:

| | | |
|--------------------------------|------------------------------------|--|
| - شرق آسيا: 3 مليون. | - أوروبا الغربية: 1 مليون. | - شمال أمريكا: 1.5 مليون. |
| - جنوب الشرقي لآسيا: 27 مليون. | - شرق أوروبا ووسط آسيا: 3.5 مليون. | - أمريكا اللاتينية: 7.5 مليون. |
| | - صحراء إفريقيا الكبرى: 17 مليون. | - شمال إفريقيا والشرق الأوسط: 1.5 مليون. |

-J. S. Remington: **Infections diseases of the fetus and Newborn infant**, op, cit., p517.-R. L. Guerrant: **Tropical Infectons Diseases**, op, cit., p327.

2 - القضاة، عبد الحميد: **الأمراض الجنسية عقوبة إلهيه**، مرجع سابق، ص 66 وما بعدها.

-R. L. Guerrant: **Tropical Infectons Diseases**, op, cit., p327.-R. L. Chin: **Emergency Managements of Infections Diseases**, Cambridge University Press, UK, 1st ed, 2008, p 97.

3 - البار، محمد: **الأمراض الجنسية**، مرجع سابق، ص 289 وما بعدها. القضاة، عبد الحميد: **الأمراض الجنسية عقوبة إلهيه**، مرجع سابق، ص 68 وما بعدها.

-J. S. Remington: **Infections diseases of the fetus and Newborn infant**, op, cit., p349.- J. H. Stokes: **Today's World Problem In Diseases Prevention**, United State Pub Service, USA, 1919, p27.

4 -R. L. Chin: **Emergency Managements of Infections Diseases**, op, cit., p27 & 28 & 157.-J. S. Remington: **Infections diseases of the fetus and Newborn infant**, op, cit., p 9. -K. J. Ryan and C. G. Ray: **Sherris Medical**

ثالثاً: حكم الفحص الطبي

لما كان الاختبار الطبي على الزواج من الأمور المستجدة التي أفرزها التطور العلمي الحاصل في هذا العصر، فلا غرو ألا نجد لها ذكراً عند الفقهاء القدامى، وهذا ما يجعل استجلاء الرأي الاجتهادي المعاصر في هذه النازلة أمراً ذو بال، من خلال تبيان الحكم الشرعي لها أولاً، ثم النظر في مدى سلطة الحاكم في جبر الناس عليها وإلزامهم بها ثانياً، ثم التعرّيج على رأي المشرع الجزائري في ذلك ثالثاً.

1- الحكم الشرعي للفحص الطبي

أطبقت كلمة الغالب الأعم من العلماء والفقهاء المعاصرين¹ -بخلاف بن باز-² على جواز اللجوء إلى الفحص الطبي للمقبلين على الزواج ومشروعيته، باعتباره وسيلة مهمة لإقامة الأسر على أسس صحية متماسكة ومتينة، وإشاعة جو من السكينة والطمأنينة بين طرفي العلاقة الزوجية، بخصوص مستقبل حياتهم الأسرية. وهو عين ما ترمي المصالح الشرعية الراجحة، واستدلوا على ذلك بأدلة منها:³

أ- أن صحة الأسرة وطيب النسل مقاصد مرعية في الشرع، لأن بها قوام المودة والرحمة والسكن، لذلك كانت مصب ارتكاز في دعاء الأنبياء، ومحل تنويه وتوجيه قرآني للمؤمنين بعدهم؛ فقد جاء في مناجاة زكرياء عليه السلام لربه: " قَالَ رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ ﴿٣٨﴾ ".⁴ وقد مدح القرآن في عباد الرحمن خصلة تذللهم لله بطلب ذرية، تكون قرّة عين لهم ولأزواجهم "وَالَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا هَبْ لَنَا

Microbiology, op.cit., p518 & 519. -G. R. Monif: Infections Diseases In Obstetrics And Gynecology, op, cit., p 252 & 253.

1 - وعلى رأسهم عارف على عارف، ومحمد بشير، وعبد الرحمن الصابوني، وعبد الرحمن النفيسة، وعلي القره داغي، ونصر فريد واصل، وأسامة عمر سليمان الأشقر، ومحمد الزحيلي، وعبد الناصر أبو البصل، ومحمد القضاة، وعبد الرشيد قاسم وغيرهم... راجع: القره داغي، علي محيي الدين والمحمدي، يوسف: فقه القضايا الطبية المعاصرة، مرجع سابق، ص 282. القره داغي، عارف علي: مسائل شرعية في الجينات البشرية، مرجع سابق، ص 97. الأشقر، أسامة سليمان: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 92 وما بعدها. واصل، نصر فريد: مدى مشروعية توقف توثيق عقد الزواج الشرعي في الوثائق الرسمية المعدة لذلك على شهادة أهل الاختصاص الطبي بخلو الزوجين أو أحدهما من الأمراض الوراثية، أعمال وبحوث الدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي، السعودية، يناير 2003، ج 03، ص 373. أبو البصل، عبد الناصر موسى: الضوابط الشرعية للفحص الوراثي قبل الزواج، ثبت المؤتمر العربي الثاني للتطلعات الأخلاقية لتطبيقات علوم الوراثة البشرية، المركز العربي للدراسات الجينية، الإمارات، نوفمبر 2007م، ص 89.

2 - واصل، محمد أحمد: الكشف الطبي في عقد النكاح، مجلة العلوم الشرعية، السعودية، ع 2، يوليو 2011م، ص 566.

3 - القره داغي، عارف علي: مسائل شرعية في الجينات البشرية، مرجع سابق، ص 96 وما بعدها. عضيبات، صفوان محمد: الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية تطبيقية، مرجع سابق، ص 103 وما بعدها. الأشقر، أسامة سليمان: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 93 وما بعدها. الميمان، ناصر بن عبد الله: نظرة فقهية للإرشاد الجيني، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها، السعودية، مايو 2000م، ع 20، ص 507 وما بعدها.

4 - [سورة آل عمران: الآية 38]

مِنْ أَرْوَاجِنَا وَذُرِّيَّتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ وَاجْعَلْنَا لِلْمُتَّقِينَ إِمَامًا ﴿٧٦﴾¹. ولا تتحقق الطيبة في النسل، ولا قرار العين في الذرية إذا كان الأولاد سينشؤون مشوهي الخلقة، معبى الصورة، متخلفي الفكر والذهن، ولك أن تتصور ما يحدث من عدم الفحص قبل الزواج من مخاطر، حين يتزوج حامل الإيدز من امرأة عفيفة طاهرة، وهي لا تعرف سره ولا مخبره، ثم ما تلبث أن تجد نفسها في مصح العزل تصارع الموت، بسبب خيانة زوج لم يتق الله نفسه لا فيها، ولا في أسرتها، ولك أيضا أن تتصور حالة زوج دخل بامرأة تحمل نفس المرض نتيجة نقل دم لها أو خلافه، ثم يجد الزوج نفسه يصارع الموت بعد أن ابتعد عنه أقرب أقاربه². ولذلك أوصى النبي ﷺ الأزواج بقوله: «تخيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء»³، كما ورد في السنة النبوية الحث على اعتماد المعايير الصحية في اختيار الأزواج، لضمان نسل سليم، من خلال نجابة الأمهات، وسلامتهن من المعاييب، فقد قال ﷺ: "تزوجوا الولود الودود فإنني مكاثر بكم الأمم"⁴. وقوله للرجل الذي خطب امرأة: "فانظر إليها فإن في أعين الأنصار شيئا"⁵. وبالفحص الطبي تتحقق هذه الغايات.

ب- ثبوت الأمر الشرعي باجتناب أصحاب الأمراض، سيما المعدية منها، والابتعاد عن خلطتهم، فكيف بالزواج بهم؟ وقد قال ﷺ: "فر من المجذوم كما تفر من الأسد"⁶، وقال أيضا: "لا يوردن ممرض على مصح"⁷. كما ثبت النهي النبوي على دخول المناطق الموبوءة بالطاعون⁸، فكان المنع من الزواج من الموبوء أولى وأوجب، ولا يعلم ذلك عادة إلا بالفحص.

1- [سورة الفرقان: الآية 74]

2- النفسية، عبد الرحمن: الفحص الطبي قبل الزواج ومدى مشروعيته، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السعودية ع 62، 2004م، ص 307.

3- ابن ماجه، السنن، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، د.ت، كتاب النكاح، باب الأكفاء، ج 1، ص 633. الدارقطني، السنن، عالم الكتب، بيروت، ط 1986، 4م، كتاب النكاح، باب المهر، ج 4، ص 458. البيهقي، السنن الكبرى، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت، كتاب النكاح، باب اعتبار الكفاءة، ج 7، ص 214. الحاكم، المستدرک علی الصحیحین، مرجع سابق، ج 2، ص 176. وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

4- أبو داود: السنن، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب النهي عن تزوج من لم يلد من النساء، ج 02، ص 220. النسائي: السنن الكبرى، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب النهي عن تزوج المرأة التي لاتلد، ج 05، ص 160. الحاكم، المستدرک علی الصحیحین، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب الأدب، ج 2، ص 176، وقال هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه بهذه السياق.

5- مسلم: صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب ندب النظر إلى وجه المرأة وكفها لمن يريد تزوجها. ج 02، ص 1040.

6- البخاري، الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب الطب، باب الجذام، ج 7، ص 126.

7- البخاري، الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب الطب، باب لا هامة، ج 7، ص 138.

8- ثبت في الصحيحين أن النبي ﷺ قال: « إذا سمعتم بالطاعون في أرض فلا تدخلوها، وإذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا منها ». مسلم، صحيح مسلم، مرجع سابق، كتاب السلام، باب الطاعون والطيبة والكهانة، ج 4، ص 1737.

ج- الفحص الطبي يغني المقبلين على الزواج عن اللجوء إلى خيار الفسخ للعيوب الزوجية، ويجنبهما آثاره النفسية، وما ينبي عليه من إشكالات مادية وتوابع قضائية؛ إذ به تتحدد معرفة الخارطة الصحية لكل منهما وزيادة.

د- بالفحص الطبي تتحقق مصالح جمة للأسرة والمجتمع ككل نذكر منها:¹

- أنه وسيلة وقائية فعالة في الحد من الأمراض الخطرة، سواء كانت معدية أم وراثية، كالإيدز والسرطانات.

- أنه ضمان لإنجاب صحيح وسليم، وذرية معافاة من الأمراض الوراثية، والتشوّهات الخلقية.

- معرفة مدى القدرة على الإنجاب والمساعدة إلى علاج، حالات العقم الممكنة.

- إعفاء كاهل الأزواج والخزينة العمومية من أعباء مالية باهظة، تقدر بالمليارات، كتكاليف لتشخيص وعلاج مرض وراثي واحد، فكيف بـ 8000 مرض؟! ناهيك عن الأمراض الخبيثة أو معدية².

- إنقاذ المئات الآلاف من الأرواح التي تزهق بسبب الإجهاض الناجم عن هذه الأمراض.

هـ- كثرة الأورام الخبيثة والأمراض القاتلة، تجعل من الإقدام على الزواج من حاملها مهاترة مآلها الموت وإلقاء النفس في تهلكة محققة، وفي ذلك أبلغ الضرر، والقاعدة أن لا ضرر ولا ضرار. وإذا كان مقصد السلامة والصحة من مرعيا ومشروعا، فإن الوسيلة إليه تأخذ حكمه؛ فيكون الفحص بذلك مشروعا، لعدم تعارضه مع مبادئ الدين الداعية إلى التداوي، والأخذ بالأسباب في طلب الشفاء من الأسقام والوقاية منها.

وفي مقابل هذا الرأي المميز لإجراء الفحوص الطبية قبل الزواج، يرى ابن باز - رحمه الله - منعها، وعدم جوازها وماآخذ في ذلك أمران³:

- الأول: تنافي الاختبارات الطبية مع إحسان الظن بالله القائل في حديثه القدسي، الذي يرويه أبو هريرة: "أنا عند ظن عبدي بي"⁴.

1 - القره داغي، علي محيي الدين والمحمدي، يوسف: فقه القضايا الطبية المعاصرة، مرجع سابق، ص 260 و 261. الأشقر، أسامة سليمان: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 84 و 85. النفسية، عبد الرحمن: الفحص الطبي قبل الزواج ومدى مشروعيته، مرجع سابق، ص 304 وما بعدها.

2 - للاستزادة ينظر: أبو البصل، عبد الناصر موسى: الضوابط الشرعية للفحص الوراثي قبل الزواج، مرجع سابق، ص 89.

3 - أبو مالك، كمال بن السيد: صحيح فقه السنة وأدلته، المكتبة التوفيقية، مصر، د.ط، 2003م، ج 3، ص 130.

4 - البخاري، محمد: الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب التوحيد، باب قول الله تعالى: ﴿وَيُحَذِّرُكُمُ اللَّهُ نَفْسَهُ وَإِلَى اللَّهِ الْمَصِيرُ﴾ ج 9، ص 121.

-الثاني: أن الكشف الطبية غير قطعية، وقد تعطي نتائج غير صحيحة، سيما وأنها معلقة غالباً بغيبيات مستقبلية. فضلاً عن اعتمادها على نظريات علمية، قد تخطئ وقد تصيب.

-الترجيح:

والذي يترجح في المسألة أن الفحوص الطبية جائزة ومشروعة، لملائمتها لمقاصد الشرع، ولرححان المصالح فيها وغلبتها على المفسدات القليلة. وليس فيها ما يتعارض والثقة بالله وقدره؛ لأنها من باب الأخذ بأسباب التداوي والتطبيب، وإذا كانت نتائجها محتملة وغير يقينية، فإنها متوقعة وكثيرة الوقوع، وقد جعل الشرع المتوقع كالواقع وقد "يحتاط لما يكثر وقوعه، احتياطه لما تحقق وقوعه"¹.

2- حكم إيجاب الفحص الطبي والإلزام به

انقسم الفقهاء بشأن هذه المسألة إلى مذهبين:

أ-المذهب المانع:

يرى أصحاب هذا الرأي أنه ليس لولي الأمر سلطة إجبار الناس على إجراء الفحص الطبي قبل الزواج، ووقف إتمام العقد على وثيقة طبية، تثبت سلامة الطرفين، وأهليتهما الصحية لذلك. وعلى هذا الرأي ابن باز، ومحمد رأفت عثمان، ومحمد عبد الستار الشريف²، وبذا صدر قرار المجمع الفقهي التابع لرابطة القديم الإسلامي³، ومستندهم في ذلك:

-أن القول بإلزام الفحص قبل الزواج فيه تزيد على الشرع الذي قعد أصول الزواج، وأصل شروطه وضوابطه، وليس منها هذا الفحص الطبي. فكان هذا الشرط باطلاً⁴، لقوله ﷺ: «من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله، فهو باطل»⁵.

-لا يلزم من الزواج الذرية دائماً. فقد يكون الداعي قضاء الوطر والمتعة فقط كما في زواج كبير السن والآيسة. فلا وجب لإجبار على الفحص⁶.

1 - العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مرجع سابق، ج1، ص107.

2 - الهاجري، مسلط: الفحص الطبي قبل الزواج في القانون الكويتي، مرجع سابق، ص 527. المدخلي، منصور: الكشف الطبي قبل النكاح وآثاره الفقهية والطبية والنظامية، مرجع سابق، ص174. واصل، محمد أحمد: الكشف الطبي في عقد النكاح، مرجع سابق، ص 581.

3 - مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السعودية، ع 17، 2004، ص 305.

4 - قاسم، عبد الرشيد: الفحص قبل الزواج، ص 03. مقال منشور على موقع لها أونلاين:

تاريخ الاطلاع: 2015/11/10. http://www.lahaonline.com/Studies/Issues/a0-06-1-2004.doc_cvt.htm

5 - البخاري، الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب البيع، باب البيع والشراء مع النساء، ج 3، ص 71.

6 - القره داغي، علي محيي الدين والمحمدي، يوسف: فقه القضايا الطبية المعاصرة، مرجع سابق، ص 283.

- إن الطاعة الواجبة للإمام في إيجاب المباح أو تقييده إنما تتعين إذا غلبت معها المصلحة بالمعروف، لقول النبي ﷺ: « وإنما الطاعة في المعروف»¹. وهو ما لا يتوافر مع الإلزام بالفحص، لما فيه من مفسد عظيمة منها:²

أنه يفضي إلى الإحباط الاجتماعي، وبملاً حياة الناس كآبة وقلقا من المستقبل المجهول، إذا تنبئ لهم بالإصابة بالأمراض المزمنة أو الخطيرة.

عزوف الشباب عن الزواج، بسبب كشوفات طبية ضنية.

إمكانية فضح المقبلين على الزواج، بمتك حرمة أسرارهم الطبية، وكشف مستور خرائطهم الوراثية.

في الفحص الطبي افتتات على الحرية الشخصية، ومساس بالحرمة الجسدية.

ب- المذهب المجيز:

يتجه أصحاب هذا الرأي إلى القول بأنه لا مانع من إلزام الأزواج، عند توثيق عقودهم، بتقديم إثباتات طبية، تدل على خلوهم من الأمراض الوراثية والمعدية، التي تشكل خطراً على الأسرة المستقبلية. وممن نحى هذا المنحى نصر فريد واصل ومحمد الزحيلي، وناصر بن عبد الله الميمان، وعبد الرحمن النفسية وغيرهم³، واستدلوا في ذلك بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾⁴. ومحل الشاهد أن المباح إذا رأى ولي الأمر الإلزام به بمصلحة عامة صار واجب الالتزام. ويتأكد هذا الإلزام أكثر في حق الفحص الطبي لأنه سبيل الوقاية الفعال في الكثير من الأمراض الخبيثة والخطيرة، سواء كانت معدية أم وراثية، والتي يوسعها أن تتسبب في كوارث إنسانية على صعيد الأرواح التي تحصدها، والأموال الباهضة التي تكلفها من خزينة بيت المال. ومعلوم أن حفظ النفس والمال كليتان من الكليات الخمس التي يقوم عليها الشرع.

¹ - البخاري، الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب المغازي، باب سرية عبد الله بن حذافة، ج 5، ص 161.

² - القره داغي، عارف علي: مسائل شرعية في الجينات البشرية، مرجع سابق، ص 104-106. القره داغي، علي محيي الدين والمحمدي، يوسف: فقه القضايا الطبية المعاصرة، مرجع سابق، ص 261 و 262. الأشقر، أسامة سليمان: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 86 و 87.

³ - القره داغي، علي محيي الدين والمحمدي، يوسف: فقه القضايا الطبية المعاصرة، مرجع سابق، ص 285 وما بعدها. عضيبات، صفوان محمد: الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية تطبيقية، مرجع سابق، ص 115. الأشقر، أسامة سليمان: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 97. قاسم، عبد الرشيد: الفحص قبل الزواج، مرجع سابق، ص 03. واصل، محمد أحمد: الكشف الطبي في عقد النكاح، مرجع سابق، ص 580.

⁴ - [سورة النساء: الآية 59]

-**الترجيح:** والراجح في هذا الشأن -بحسب الباحث- هو القول بجواز إلزام السلطة بالفحص سياسة، مع تقليص دائرة هذا الإلزام، وإناطته بضوابط تكفل فعاليته، تغليبا للمصلحة العامة على المصالح الشخصية. ومن جملة هذه الضوابط¹:

اعتبار الإلزام على الفحص الطبي قبل الزواج من باب السياسة الشرعية، التي لا تؤثر على العقد صحة وإبطالا، مادام مستكمل الشروط الشرعية، مع ترتيب عقوبات تضمن تطبيق هذا الإلزام، في شكل غرامات مالية وعقوبات جزائية. وقد جاء في قرار الجمع الفقهي التابع للرابطة الخاص بأمراض الدم الوراثية: "يوصي المجلس الحكومات والمؤسسات الإسلامية بنشر الوعي بأهمية الفحوص الطبية قبل الزواج، والتشجيع على إجرائها، وتيسير تلك الفحوصات للراغبين فيها، وجعلها سرية، لا تفضى إلا لأصحابها المباشرين"².

كون المرض متحقق الضرر؛ كالأورام الخبيثة القاتلة أو الأوبئة الواسعة الانتشار.

• كون الوقاية من هذه الأمراض ميسورة، أو ممكنة على الأقل.

إحاطة الفحص بالسرية التامة، وعدم إعلام الطرف الآخر، إلا بالقدر الواجب والمهم لإنشاء أسرة متماسكة.

3- حكم الفحص الطبي في القانون الجزائري

تنبه المشرع الجزائري لأهمية الفحص الطبي قبل الزواج، مما جعله أحد أهم المحاور التي استجدها التعديل الأخير لقانون الأسرة بالأمر 02/05. حيث تنص المادة 7 مكرر الجديدة منه على أنه: "يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن 3 أشهر، تثبت خلوهما من أي مرض، أو أي عامل، قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

يتعين على الموثق، أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد -قبل تحرير عقد الزواج- من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية، ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل، قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

1 - مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السعودية، ع 17، 2004، ص 305.

2 - مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، مرجع نفسه، ص 305.

وتمثل هذا التنظيم في المرسوم التنفيذي رقم 06-154 الذي صدر في 11 ماي 2006¹. وتضمن ثمانية نصوص قانونية، مع نموذج للشهادة الطبية الواجب تقديمها من طرف طالبي الزواج. ووضح من هذه النصوص، أن المشرع الجزائري قد ركن إلى اعتماد الرأي الملزم لإجراء الاختبارات الطبية في حق كل مقبل على الزواج ما دام نص المادة 7 مكرر من قانون الأسرة مستهلا بـ "يجب" على كل من طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية. "وهذا ما أكدته المادة الثانية من المرسوم التنفيذي -آنف الذكر- على نحو واضح؛ حيث ألزمت كل طالب -على حدى- بتقديم شهادة طبية، على ألا يفوق تاريخها الأشهر الثلاثة السابقة لزمن إبرام العقد.

ويجب ألا تسلم هذه الشهادة، إلا بعد خضوع صاحبها للفحوصات الطبية المنصوص عليها في المادة الثالثة من المرسوم، ويتعلق الأمر هنا بـ: فحص عيادي شامل، مع تحليل فصيلة الدم (ABO+Rhesus)، للكشف عن الأمراض التي يمكن أن تشكل خطرا يهدد كيان الأسرة المستقبلية، ويتعارض مع الحياة الزوجية وصحة الأبناء، دون أن يحدد المشرع طبيعة هذه الأمراض، ولا نوعها سواء كانت وراثية أم معدية أم غيرها.

غير أن المادة الرابعة من ذات المرسوم، نصت على جواز أن ينصب الفحص على السوابق الوراثية، التي تنجم عنها بعض العيوب أو الأمراض. مع إمكان اقتراح الطبيب على المعني بإجراء اختبارات أخرى، للكشف عن بعض الأمراض المعدية، التي من شأنها أن تشكل تهديدا لصحة الزوج الآخر، أو الأبناء عبر العدوى بها، بعد اطلاعه على مخاطرها.

وبعد انتهاء الفحوص اللازمة، يتم إبلاغ الشخص المعني بنتائجها، وبناء عليها تسلم له الشهادة الطبية المطلوبة لإبرام عقد الزواج، وتتضمن هذه الشهادة -حسب النموذج المرفق- اسم الطبيب، وتخصصه، وعنوانه، وكذا اسم وبيانات المتقدم للفحص، ثم النتائج التي أسفر عنها الكشف العيادي الشامل، وتحليل زمرة الدم، مع التصريح بإعلام المعني بهذه النتائج، وآثارها عليه، وعلى الأسرة، والتأكيد على عوامل الخطر لبعض الأمراض التي يراها جدية بذلك. وإذا كان المقبل على الفحص امرأة فلا بد من تنبيهها إلى مخاطر مرض الحصبة الألمانية، الذي يمكن أن تتعرض له أثناء فترة الحمل.

ويتعين على الجهة المخولة بتحرير عقود الزواج من ضابط الحالة المدنية أو الموثق التأكد من خضوع المقبلين على الزواج للفحوصات الطبية، بتقديم الشهادة الطبية المطلوبة قانونا. كما تنص على ذلك المادة 7 من قانون الأسرة والمادة السادسة من المرسوم التنفيذي الشارح لها. غير أن هذه الأخيرة (م6)¹ كانت

¹ - المرسوم رقم 06-154، المؤرخ في 11 مايو 2006، المتضمن تحديد شروط وكيفية تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، 14 فبراير 2006، ع 31، ص 04.

أوضح وأدق، من سابقتها في التشديد على ضباط الحالة المدنية والموثقين التأكد من الخضوع للفحص الطبي، وهو أمر يكاد يمتنع واقعا، إلا من خلال إثبات الشهادة الطبية².

كما يوجب عليهما القانون أيضا الاستماع للطرفين معا في آن واحد، للتأكد من علمهما معا بنتائج الفحوصات التي خضعوا لها، وكذا الأمراض والعوامل التي يمكن أن تشكل خطرا يتعارض والزواج، حتى لا يقع أحد الطرفين في غش أو تدليس. ويؤشر بذلك في عقد الزواج بحسب نص الفقرة الثانية من المادة 7 مكرر أسرة، والفقرة الأولى من المادة 7 من المرسوم المفسر. وهذا ما يطرح تساؤلا بشأن مدى قدرة ضابط الحالة المدنية، والموثق من أداء هذا الدور الطبي، الذي يتطلب تأهيلا، وثقافة صحية محيطية. وهي ما لا يتوافر، حتى لبعض ذوي الاختصاص، فكيف بأشخاص بعيدين كل البعد عن أصول هذا الميدان؟!³.

وفي حال ما إذا أسفرت النتائج عن عيوب، أو اختلالات تتعارض مع الزواج في أحد المقبلين على الزواج، أو في كليهما فإن أمر قبول العقد أو رفضه يبقى رهن إرادة الشخصين المعنيين، ولا يجوز بالتالي للموثق أو لضابط الحالة المدنية أن يعارض هذه الإرادة، أو يلزمهما برفض الإبرام. ذلك أن الصحة الزوجية ليست شرطا في عقد الزواج -من وجهة نظر التشريع الأسري الجزائري- وعليه فقد قضت المحكمة العليا في قرارها رقم 251656 بصحة زواج الرجل في مرض موته⁴، وأن الأمراض البدنية ليست حائلا دون إبرام عقود الزواج ولا هي عيب فيها⁵. بيد أنه يمكن اعتمادها في فسخ عقد الزواج أو التفريق بين طرفيه إذا أثر الجانب الصحي بشكل مباشر على رضا الطرف الآخر⁶؛ كما هو الحال عند ثبوت عقم الزوج⁷، وهو ما

1 - تنص المادة السادسة من المرسوم التنفيذي رقم 06-154 على: "لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج، إلا بعد أن يقدم طالبا الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم".

2 - حتى هذه الشهادة الطبية تفقد مصداقيتها في بعض الحالات، بسبب يسر استخراجها دون المرور على الكشف السريري، والتحليل الدموي لاختراق ذمم بعض العاملين في مجال الطب؛ سيما مع فتح مجال اختصاص إعدادها لأي طبيب، دونما ضوابط أو شروط. وكان الأولى بالمشروع إناطة ذلك بمراكز محددة، بما من الأطباء المختصين ما يؤهلهم للاطلاع على خارطة الأمراض المعقدة والكثيرة المنتشرة في هذا العصر.

3- تسبب التطبيق المباشر لآلية الفحص الطبي، دون تهيئة توعوية للمجتمع من جهة ودون إعداد وتأهيل مسبق لمحري عقود الزواج من جهة ثانية، في اعتبار شهادة الفحص الطبي مجرد شهادة "عذارة" تنتهي في كثير من الأحيان بتفكك الزوجيات، أو عدم انعقادها أصلا.

4 - قرار المحكمة العليا رقم 251656، الصادر بتاريخ 23 - 5 - 2001، المجلة القضائية، ع 1، 2002، ص 306.

5 - قرار المحكمة العليا رقم 88856، الصادر بتاريخ 23 - 2 - 1993، المجلة القضائية، ع 2، 1996، ص 69.

6 - بلحاج، العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، وفق آخر التعديلات، مرجع سابق، ج 1، ص 127.

7 - وهو ذات ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 596191، غير أنها أكدت على أنه لا يجوز الزواج الآخر حق التعويض كونه سبب الفرقة وعلتها؛ وقد جاء في حثيائه: "حيث أن مرض العقم وعدم القدرة على الإنجاب، وإن كان فعلا يشكل سببا من أسباب التطلاق، طبقا لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة، ويجوز للزوجة الحق في المطالبة به، فهو لا يحمل الزوج المصاب به أية مسؤولية عن دفع التعويض لها عنه؛ ذلك أنه لا دخل لإرادته فيه، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف، القاضي بالزام الطاعن بدفعه للمطعون ضدها مبلغ 80000 دج تعويضا عن التطلاق، استنادا فقط إلى مجرد الضرر الناتج عن ذلك العقم، بغض النظر عن مصدره، سواء كان بإرادة الطاعن أم بغير إرادته، يكونون قد

كرسه قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1992/12/22، والذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً وقضاءً أنه يجوز للزوجة طلب التطليق استناداً إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج كتكوين أسرة وتربية الأبناء. ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتطليق على عدم إمكانية إنجاب الأولاد استناداً لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج، فانهم قد وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية"¹. كما يمكن أن يستند هذا الفسخ أو التفريق لوجود عجز جنسي لدى أحد الزوجين، وذلك ما جسده التطبيق القضائي لمحكمة المدينة عندما قررت شرعية طلب الزوجة الفرقة من زوجها بسبب عجزه عن مباشرتها الثابت باعترافه والمثبت بشهادتين طبيتين، مع ضرب أجل سنة كاملة كمهلة للعلاج من هذا الاعتلال، غير أن المجلس الأعلى نعى على الحكم عدم وصف داء فرج الزوج ليتسنى معرفة كنهه ومدجى رجاء شفائه من عدمه، وانتقد قضاة الاستئناف - في إغائهم للحكم السالف - بسبب عدم احترامهم المهلة الممنوحة للمعالجة والتي يبدأ مفعولها من تاريخ تنفيذ الحكم القاضي بها مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه².

وقد يستند التفريق إلى عيب فقد البكارة، إذا اشترطها الزوج قبلنا في العقد، وهو ما قرره الاجتهاد القضائي رقم 33715 الصادر بتاريخ: 1984/06/25م، إذ جاء فيه: "من المقرر شرعاً أنه لا يؤخذ بعين الاعتبار طلب إسقاط حقوق المطلقة بسبب فقد بكارتها قبل البناء بها إلا إذا كان الزوج قد اشترط ذلك في عقد الزواج... ولما كان الطاعن لم يذكر الوسيلة التي توصل بها إلى اكتشاف أن زوجته كانت قبل ليلة الزفاف فاقدة البكارة رغم عدم مباشرتها جنسياً كما يزعم فإن قضاة الاستئناف بقضائهم في الدعوى بالطلاق وتقرير حقوق المطلقة التزموا الأحكام الشرعية"³.

ويتجسد غالب صور العيوب المرضية المؤثرة على الإرادة، والموجبة للفسخ أو التفريق في العلل الجنسية والأمراض المعدية أو المنفرة. فإذا ثبت للقاضي تلبس أحد الزوجين بصورة منها وتأكد - بعد النظر والتمحيص - من مدى تأثيرها على الاستقرار الزوجي مستقبلاً ومخالفتها لمقصود الزواج فإن له أن يحكم بالفسخ أو الطلاق أو التطليق⁴.

أخطأوا في تطبيق القانون، وعجزوا عن إعطاء سبب مقنع لقرارهم". قرار المحكمة العليا رقم 87301، الصادر بتاريخ 22 - 12 - 1992، المجلة القضائية، ع 2، 1995، ص 92.

1 - قرار المحكمة العليا رقم 87301، الصادر بتاريخ 22 - 12 - 1992، المجلة القضائية، ع 2، 1995، ص 92. قرار المحكمة العليا رقم 213571، الصادر بتاريخ 16 - 02 - 1999، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 92.

2 - قرار المجلس الأعلى رقم 34784، الصادر بتاريخ 13 - 11 - 1984، المجلة القضائية، ع 3، 1989، ص 73.

3 - قرار المحكمة العليا رقم 596191، الصادر بتاريخ 13 - 01 - 2011، مجلة المحكمة العليا، ع 2، 2011، ص 272.

4 - بلحاج، العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، وفق آخر التعديلات، مرجع سابق، ج 1، ص 128.

وللقاضي الاستعانة بالخبرة الطبية لتأكيد هذا الثبوت والتثبت من مدى الضرر الحاصل بالعيب على الحياة الزوجية، وهو ما قرره اجتهاد المجلس الأعلى في قراره رقم 332275 والذي جاء فيه: "من المقرر شرعا أنه لا يسوغ الحكم بفك العصمة الزوجية بين الزوجين بطلب من الزوجة وحدها إلا إذا ثبت الإضرار بها. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية. ولما كانت الزوجة أشارت في مقالاتها المتعددة بعجز زوجها عن ممارسة العلاقات الجنسية معها، فإنه كان من الواجب على قضاة الاستئناف إثبات ذلك بصفة شرعية وقانونية قبل التصريح بحكمهم غير أنهم لما قضوا بالتطبيق اعتمادا على نفور الزوجة من زوجها وعلى امتناعها من العودة إليه، فانهم بقضائهم هذا خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية"¹.

غير أن الإشكال يثور بشأن ما إذا أغفل الموثق أو ضابط الحالة شرط استظهار الشهادة الطبية في الزواج، وأبرم العقد -دون المطالبة بها، أو التأكد من علمهما بمحتواها- فما أثر ذلك على العقد صحة وإبطالا؟

لا يوجد نص قانوني بهذا الخصوص يحمل إجابة صريحة عن ذلك، غير أن السياق العام للنصوص القانونية سيما المادة 7 مكرر من قانون الأسرة، ونصوص المرسوم التنفيذي 06-154 يوحى بصحة العقد، وعدم أثر هذا الإغفال عليه، لا بالإبطال ولا بالفساد، مع قصر أثر غياب وثيقة الفحص الطبي على العقاب الإداري والجزائي، الذي يطال محرر العقد لمخالفته صريح النص القانوني².

المطلب الثاني: المسائل المتعلقة بنقل الأعضاء التناسلية

يعد العمل الجراحي أحد أبرز التخصصات العلمية التي نالت حظا وافرا من الاهتمام العلمي والتكنولوجي المحرز في هذا العصر، فقد أمكن الوقت الراهن من نقل أعضاء دقيقة وأخرى طالما اختصت بمناعتها وصعوبة تقبل المناعة لها في الجسد المنقولة إليه، كما أمكن التطور العلمي من التمكن من تقنية استزراع الخلايا واستنبات الأعضاء في الأوساط المخبرية الصناعية لاستزراعها في المرضى وقت الحاجة. وهذه الحثيات العلمية وغيرها تثير تساؤلات عديدة بشأن الحكم الشرعي لنقل بعض الأعضاء التي لها من الخصوصية الشرعية والفطرية ما يتطلب إفرادها بالفكر الفقهي واستقصاء أحكامها الشرعية في ضوء هذه الخصوصية المجبولة عليها، وهو موضوع دراستنا في هذا المطلب.

1 - قرار المجلس الأعلى رقم 33275، الصادر بتاريخ 14 - 05 - 1984، المجلة القضائية، ع 2، 1990، ص 75.

2 - سعد، عبد العزيز: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 53.

الفرع الأول: نقل الأعضاء التناسلية

تعتبر قضية نقل وزرع الأعضاء التناسلية من النوازل الهامة التي شغلت الرأي الفقهي والقانوني، بسبب حساسية الموضوع، وارتباطه بمقومات الأسرة، وتعلقه بالأسس الجوهرية للنظام القانوني الأسري، وهو ما يستدعي إعمال النظر الاجتهادي فيها، للخلوص إلى الحكم الواجب تطبيقه بخصوصها على نحو العام والخاص. وهو ما نتغياه ههنا، وفق البنود التالية:

أولاً- مفهوم الأعضاء التناسلية في الإنسان:

يقصد بالأعضاء التناسلية (Genetic Organs) المراد نقلها من شخص إلى آخر: مجموع "الأعضاء التي تنتج عناصر الإخصاب من بويضات ونطف، وهي أيضا محل الجماع"¹. وهي متباينة بين الرجل والمرأة، وكما يتحقق للنظر الفقهي في الموضوع كماله، لا بد من إحاطة التصور بالنازلة ببحث وتحديد هذه الأعضاء، وفهم أدوارها الفيزيولوجية، وآليات عملها الطبيعي في الجسم، كي يتسنى الحكم عليها من خلال واقعها الوظيفي، والإطار الطبي المجبولة عليه من طرف الخالق عز وجل، ليكون الحكم منزلا على محله المناسب لهذا الواقع، والملائم لذلك الإطار.

ولما كان الجهاز التناسلي للذكر متمایزا عن نظيره لدى الأنثى، بكونه مختصا بتكوين وخصن وقذف الحيوانات المنوية، بخلاف الجهاز التناسلي الأنثوي، الذي يختص بإنتاج البويضات، وتكوينها، ورعاية الأمشاج، وخصن الأجنة وإنمائها إلى حين الولادة²، فإن دراستنا لهذا الموضوع ستقوم، وفق هذا التمايز الجنسي المسطور بين الذكر والأنثى، على بحث الغدد التناسلية للرجل، ومن ثم دراسة نظيرتها في المرأة، والتعريف بأدوارها، ووظائف كل منها، على النحو التالي:

1- الجهاز التناسلي عند الذكر:

يتكون الجهاز التناسلي للذكر من:

أ- الخصيتين:

هي غدة تناسلية ذكرية مسؤولة عن صنع النطف "Spermatozoon"، وإفراز هرمونات الذكورة التي تميز الرجل عن الأنثى³، وتأخذ شكلا بيضاويا مائلا من الأمام إلى الخلف بطول خمسة سنتيمترات، وعرض

1 - كنعان: الموسوعة الطبية الفقهية، دار الفناس، الأردن، د.ط، د.ت، ص 87.

2 - خلافي، ربيعة: تأثير الاكتشافات الطبية على النسب، نقل وزراعة الأعضاء التناسلية نموذجا، مجلة الفقه والقانون، المغرب، ع 18، أبريل 2014، ص 160.

3 - البار، محمد: خلق الإنسان، مرجع سابق، ص 27.

ثلاثة ستمترات، وسمك ستمترين ونصف¹، وتتوضع الخصيتان في كيس من الجلد رقيق يسمى الصفن "Secretum". والخصية من الناحية النسيجية منقسمة إلى مجموعة من الفصوص "Lubules" يصل عددها إلى 400، يحتوي كل منها على عدد من النبيبات الناقلة للمني "Seminiferous Tubules"، والتي تتراوح بين 1-4، بطول نصف متر تقريبا، وهي المسؤولة عن صنع النطف المنوية، وتحاط بنسيج رابط رقيق يحتوي على تراكيب صفائحية، وأوعية دموية، وأعصاب، إضافة إلى الخلايا البينية المسماة بخلايا ليديج "Leydig's Cell"، التي توجد بها على شكل مجاميع، بقصد إنتاج الهرمونات الذكرية الستيرويدية "Steroidogenic".² والحكمة من وجود الخصيتين في الصفن خارج الجسم أن حرارة الجسد 37 درجة مئوية لا تسمح بتوالد الحيوانات المنوية، وإنتاجها الذي يكون عادة في حدود الدرجة 35 مئوية، والتي يوفرها هذا الجراب الجلدي خارج الجسم لا داخله.³

وتنتج كل خصية خلال حياة الرجل أعدادا هائلة من النطف، ويقذف الرجل في الدفقة الواحدة أكثر من 3.5 سم مكعب، من المنى، وتضم ما بين 100 إلى 7000 مليون حيوان منوي. ويجب أن تحوي الدفقة الواحدة على الأقل 20 مليون نطفة، ليكون الرجل قادرا على الانجاب.⁴

ب- البربخ "Epidymis":

هو عبارة عن تركيب أنبوبي الشكل، متموضع بالجانب الخلفي لأعلى الخصية؛ حيث يلتصق بحافتها البربخية، ويميل على سطحها الجانبي على نحو ملتف لا يزيد عن ستة ستمترات، رغم أن طوله الحقيقي يصل إلى ستة أمتار⁵. وتتأسس وظيفته الفيزيولوجية في نقل النطف مع السائل الذي يسبح فيه من القنيتات المنوية إلى الحبل المنوي⁶، ويمكن تقسيم البربخ إلى أقسام ثلاثة هي:⁷

- الرأس "Head": وهو طرف أمامي متضخم، متصل بالخصية عبر قنوات متعددة، تسمى القنوات الصادرة "Efferent Ductules"، كما ترتبط بالنسيج الضام والغشاء المصلي.

1 - فريحات، حكمت عبد الكريم: تشريح جسم الإنسان، دار الشروق، عمان، ط 1، 2000، ص 283.

2 - علوجي، صباح ناصر: علم وظائف الاعضاء، دار الفكر، عمان، ط 3، 2014، ص 345.

3 - البار، محمد: خلق الإنسان، مرجع سابق، ص 27.

4 - كنعان: الموسوعة الطبية الفقهية، مرجع سابق، ص 867.

5 - البار، محمد: خلق الإنسان، مرجع سابق، ص 30.

6 - البار، محمد: خلق الإنسان، مرجع نفسه، ص 30.

7 - علوجي، صباح ناصر: علم وظائف الاعضاء، مرجع سابق، ص 347.

- الذيل "Tail": وهو جزء أقل تضخما من الرأس، ويتصل بالأسهر، أو القناة الناقلة للمني "Vas deferens". ويتولى تخزين النطف ليعمل على نقلها بواسطة خلايا الهدبة المبطننة، وفق آلية التقلص والانقباض.

- جسم البربخ "Body": جزء وسطي يصل بين طرفيه الأمامي والخلفي. وتعين هذه التركيبة النسيجية للبربخ في تركيز النطف داخل السائل المنوي، ونقلها من خلال امتصاص خلاياه الطلائية للماء الموجود في السائل المنوي¹.

ج- الحويصلة المنوية "Seminal Vesicles":

هي عبارة عن كيسين على شكل مخروط، يقعان في جانبي السطح الظهري للجزء الخلفي من المثانة داخل تجويف الاحليل، وتشارك مع القناة الناقلة بفتحة الدفع². وتتركز مهمتها في إفراز سائل لزج مائل للصفرة، والذي تسبح فيه الحيوانات المنوية، ليعمل على تغذيتها وضمان استمرارية حياتها، إلى حين الوصول إلى منطقة التلقيح، ويكون حجمه عادة بمقدار النصف لإجمالي السائل المنوي، ويتركب من نسب عالية من الفركتوز "Fructose" المغذي، وحامض الستريك "Citric Acid"، وأيونات البوتاسيوم، وبعض الإنزيمات³.

د- البروستات "Prostate":

هي غدة تقع تحت المثانة، وتحيط بالجزء الأول من الحالب، بين المستقيم خلفا، وعظم العانة أماما، ووزنها 25 غراما⁴. وتتركب من فصين جانبيين في الخلف، وفصين ثانويين، أحدهما في الوسط، والثاني خلف الحبل المنوي، وينتهي كل فص بقناة تفتح على جانبي الإحليل⁵. ويتركز دورها في إفراز سائل حليبي أثناء الاتصال الجنسي والذي يسهم في تنشيط الحيوانات المنوية من خلال تخفيف لزوجة السائل المنوي عبر دهون فسفورية وحامض السيترريك⁶.

1 - علوجي، صباح ناصر: علم وظائف الاعضاء، مرجع سابق، ص 347.

2 - علوجي، صباح ناصر: علم وظائف الاعضاء، مرجع نفسه، ص 348.

3 - علوجي، صباح ناصر: علم وظائف الاعضاء، مرجع نفسه، ص 348.

4 - فريجات، حكمت عبد الكريم: تشريح جسم الإنسان، مرجع سابق، ص 283.

5 - علوجي، صباح ناصر: علم وظائف الاعضاء، مرجع سابق، ص 348.

6 - البار، محمد: خلق الإنسان، مرجع سابق، ص 31.

هـ - القضيب "Penis":

هو العضو التناسلي البارز في الذكر، وهو عبارة عن جزء انتصابي يسهم في نقل الحيوانات المنوية من الرجل إلى مهبل المرأة، لتصب بالقرب من عنق رحمها¹. ويتكون الإحليل أو القضيب من ثلاثة أعمدة نسيجية لها قابلية النعظ والانتصاب "Erectile Tissue". وهي تشكل مجتمعة جسم القضيب "Body of Shaft"، غير أنها تنفصل عن بعضها البعض عند جذر القضيب "Root"²، وينتهي جذر القضيب وجسمه من الأمام بالغدة أو الحشفة "Glans"، التي يوجد في وسطها مجرى كل من البول والسائل المنوي، ويحيط بها جسم إسفنجي بطول 12-14 سم، وتعلوه الفراغات الكهفية "Large Cavernous Spaces"، التي يتسبب امتلاؤها بالدم في حدوث عملية الانتصاب³. ويغطي جسم القضيب محفظة ليفية "Sheath"، تضمن له التماسك أثناء النعظ، ويغطي كامل القضيب بطبقة جلدية مرنة، وغير متماسكة⁴.

2- الجهاز التناسلي عند الانثى:

يتكون الجهاز التناسلي للمرأة البالغة من:

-المبيضان "Ovaries":

عبارة عن غدة تكاثرية ثنائية، تمثل العضو التناسلي الأول في المرأة؛ كونه مصنع البويضات، أو الجمينات "Gametogenic"، فضلا عن إفرازه للهرمونات الجنسية الأنثوية، سيما الستيرويدة منها "Steroidogenic"⁵، ويقع المبيضان في الحفرة المبيضية من الحوض، ويأخذان شكل اللوزة، بطول 3 سنتيمترات، وعرض يساوي نصف هذا الطول، وسمك بنصف ذلك العرض، وتثبته مجموعة من الأربطة تصله بجدار الحوض والرحم⁶. ويتكون من الناحية التركيبية من ثلاثة أنواع مختلفة من الانسجة:⁷

-الجريبات المسؤولة عن تكوين البويضات، وإفراز هرمون الاستروجين "Ostrogen".

-الأجسام الصفراء المسؤولة عن إفراز هرمون البروجسترون "Progesterone".

1 - البار، محمد: خلق الإنسان، مرجع سابق، ص 31.

2 - علوجي، صباح ناصر: علم وظائف الاعضاء، مرجع سابق، ص 350.

3 - فريجات، حكمت عبد الكرم: تشريح جسم الإنسان، مرجع سابق، ص 283.

4 - علوجي، صباح ناصر: علم وظائف الاعضاء، مرجع سابق، ص 351.

5 - فريجات، حكمت عبد الكرم: تشريح جسم الإنسان، مرجع سابق، ص 290.

6 - البار، محمد: خلق الإنسان، مرجع سابق، ص 36.

7 - علوجي، صباح ناصر: علم وظائف الاعضاء، مرجع سابق، ص 331.

- الأنسجة البينية "Interstitial Tissue" المختصة في إفراز الهرمون المرخي "Relaxin"، وهرمون البروجسترون، وبعض الأندروجينات "Androgens".
ويصل عدد البويضات المتحصلة من المبايض إلى حوالي مليوني بويضة عند الولادة، غير أن نسبة كبيرة من الجريبات يصيبها الضمور، وتضمحل، ولا يبقى منها إلا ما يقرب من 400 ألف بويضة عند البلوغ، ثم تتناقص إلى 400 بويضة قابلة للتخصيب، يتناوب المبيضان في إطلاق بويضة ناضجة منها كل شهر قمري، إلى أن تبلغ المرأة سن الإياس¹.

- الرحم "Uterus":

عبارة عن عضو عضلي أجوف، كمثري الشكل، يبلغ طوله 3 بوصات، وعرضه بوصتين، وسمكه بوصة واحدة عند المرأة البالغة². وهو يمثل القرار المكين الذي يحتضن الأمشاج الملقحة، وينمي أجنحتها، ليطرحها عند المخاض وليدا تاما سويا³. ويقع الرحم في وسط حوض المرأة، ويكون على صلة وثيقة بالمثانة من الأمام، والمستقيم من الخلف، كما يتصل بالمهبل من الأسفل، وهو متكون من جسم، وعنق، وكلاهما يتجزأ إلى طبقات ثلاث هي:⁴

- الطبقة الخارجية: حيث تغطي جسم الرحم والجزء الخلفي من عنقه طبقة من البريتون "Peritoneum".
- الطبقة العضلية "Myometrium": عبارة عن عضلات ملساء وسميكة، ذات ألياف، لحماية غشاء الرحم ومحتوياته الجنينية.
- الطبقة المخاطية "Endometrium": وهو غشاء من أنسجة طلائية وغددية، تكسو بطانة الرحم، وتعين نطف الأمشاج على العلوق والتغذي والنمو عبر شبكة الأوعية الدموية الكثيرة التي تتخلله. ولها دورة شهرية كاملة تبدأ من البلوغ، وتنتهي مع سن الياس.
ولا يزيد حجم تجويف الرحم في الأنثى البالغة عن المليمترين، غير أنه ينمو بسرعة ليتضاعف 3 آلاف مرة في فترة نهاية الحمل؛ بحيث يتسع لسبعة آلاف مليمتر، بينما يتضاعف وزنه أكثر من مئة مرة، ليصل إلى خمسة آلاف غرام، بعد أن كان يزن خمسين غراما قبل الحمل⁵.

1 - البار، محمد: خلق الإنسان، مرجع سابق، ص 37.

2 - البار، محمد: خلق الإنسان، مرجع سابق، ص 41.

3 - فريجات، حكمت عبد الكرم: تشريح جسم الإنسان، مرجع سابق، ص 289.

4 - البار، محمد: خلق الإنسان، مرجع سابق، ص 41.

5 - علوجي، صباح ناصر: علم وظائف الاعضاء، مرجع سابق، ص 357. البار، محمد: خلق الإنسان، مرجع سابق، ص 41.

- قناة الرحم "Uterine Tubes":

عبارة عن أنبويين رفيعين، بطول عشرة سنتمترات، متوضعين على الجانبين العلويين من الرحم، متجهين إلى الخلف، ليصلا إلى المبيض عبر البوق القمعي "Salpax"، الذي تحيط به مجموعة أهداب تضمن تلقي البويضات، ونقلها إلى داخل القناة، بمعية الشعيرات الدقيقة المبطنة لغشائها، حتى تصل إلى منتهى الثلث الأول الوحشي لها، تحضيراً لتلقيحها بالحيوانات المنوية¹.

وإذا ما حصل الإخصاب فإن البويضة الملقحة تبدأ في المسير إلى الرحم، لتلتقفها الشعيرات الدقيقة، وتنقلها إلى الجزء الأوسط للقناة المسمى بالأنبورة "Ampulla"، ثم تمر بها إلى البربخ "Isthums"، وهو الثلث المتبقي للقناة من جهة الرحم، لتسلمها بعد ستة أيام للمستقر المكين الذي سيتولى حضانتها².

- المهبل "Vagina":

هو عبارة عن قناة عضلية ليفية، تصل فتحة الفرج من أسفل بعنق الرحم من أعلى، وتكون جدرانها عادة متلامسة، بسبب اتسامها بالانتصابية، ولا تتباعد إلا في حالي الجماع أو الولادة³.

- الفرج "Vulva":

هو الجزء الظاهر من الجهاز التناسلي الأنثوي، ويمثل فتحة المهبل الذي يغطيه غشاء البكارة "Hymen"، في شكل طية أفقية للقسم الأمامي منه، والذي يتمزق في العادة مع أول اتصال جنسي⁴. ويحوي الفرج عددا من العضلات الضاغطة الدائرية التي تتحكم في فتحه وإغلاقه، ويحيط به الدهليز الذي تعلوه الفوهة الإحليلية، وعلى جانبي الدهليز يقع الشفران الصغيران "Labia Minora"، فالشفران الكبيران "Labia Majora". ويتمركز البظر "Clitoris" عند ملتقى الشفرين الصغيرين، فوق صماخ مجرى البول، وهو عضو انتصابي حساس تعلوه غلفة، ويعلو كل ذلك تجمع شحمي من الدهن، يدعى جبل الزهرة "Mons Veneris". ويكسى عادة بالشعر الذي يعد علامة على بلوغ الأنثى، ويعتبر الفرج -إجمالا- أغنى أعضاء الجهاز التناسلي بالأعصاب الحسية⁵.

ثانيا: حكم نقل الأعضاء التناسلية:

1 - علوجي، صباح ناصر: علم وظائف الاعضاء، مرجع سابق، ص 358. البار، محمد: خلق الإنسان، مرجع سابق، ص 43.

2 - البار، محمد: خلق الإنسان، مرجع نفسه، ص 43.

3 - فريجات، حكمت عبد الكريم: تشريح جسم الإنسان، مرجع سابق، ص 287-289. البار، محمد: خلق الإنسان، مرجع سابق، ص 44.

4 - علوجي، صباح ناصر: علم وظائف الاعضاء، مرجع سابق، ص 338.

5 - البار، محمد: خلق الإنسان، مرجع سابق، ص 45 و46.

ندرس في هذا الجزء من البحث الحكم الفقهي والقاعدة القانونية الواجب إناؤها بقضية نقل واستزاع الأعضاء البشرية التناسلية:

أ- حكم الفقه في نقل الأعضاء التناسلية:

قبل بيان الحكم الشرعي الأنسب تنزيلا للواقعة المستجدة لغرس الأعضاء التناسلية ونقلها بين الأحياء والأموات، يحسن تفريق النظر فيها بحسب الاختلاف الذي يطبع الخصوصية الوظيفية التي تميز بعضها بعضا عن بعض، مما له كبير تأثير على الحكم الواجب تطبيقه على كل منها، فجزء منها يختص بحمل ونقل السمات الوراثية والخصائص الفردية المختزنة جينيا مع الحيوانات المنوية على نحو أولى أو مكتمل، بينما لا تتوافر هذه الخصوصية للبعض الآخر الذي يستقل وظيفيا بدور نقل الحيوانات المنوية من عضو إلى آخر، أو حضن ما لقح من أمشاجها، وحمايته وإنمائه، وعليه فسيجري تقسيم هذا البند وفق التالي:

ب- حكم نقل الأعضاء التناسلية الحاملة والناقلة للصفات الوراثية:

وتسمى هذه الأعضاء "بالغذ التناسلية"، وتمثل أساسا في المبيض عند المرأة، والخصيتين عند الرجل¹. وقد تباينت كلمة النظر الاجتهادي بخصوص نقلها وغرسها على أقوال ثلاثة:

1- القول الأول:

ويأخذ بجرمة نقل هاته الأعضاء التناسلية واستزاعها في متلق آخر، أي كان الداعي لذلك، وهو رأي الجم الغفير من أهل الفقه المعاصرين²، وبه صدرت توصية المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، في ندوتها الخامسة المنعقدة، بأكتوبر 1989¹.

1 - خلافي، ربيعة: تأثير الاكتشافات الطبية على النسب، مرجع سابق، ص 162.

2 - ممن أفق جرمة نقل الأعضاء التناسلية الناقلة للخصائص الوراثية: محمد المختار السلامي، وحمادي ماء العينين شبيها، وعبد السلام العبادي، ومحمد نعيم ياسين، ومحمد سيد طنطاوي، ومحمد شبير، ومحمد الأشقر، ومحمد مختار الشنقيطي، ومحمد أحمد جمال، وهاشم جميل، وخالد الجميلي، ومحمد طيب النجار، وعبد الجليل شلي، وعارف على القره داغي، وأحمد محمد كيفان، و يوسف القرضاوي، وكمال الدين بكرو، و عبد القدم زلوم وغيرهم.... ينظر: مرجعنا، اسماعيل: البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، دار بن الجوزي، السعودية، ط1، ص1429 و99 و100. القره داغي، عارف: مسائل شرعية في الجينات البشرية، مرجع سابق، ص75.

- عبد السلام، جلال: قضايا فقهية معاصرة وآراء أئمة الفقه فيها، عالم المعرفة للنشر، مصر، د.ط، 2002، ص 279. مجلة المجمع الفقه الإسلامي، السعودية، الدورة الرابعة، ع4، 1988، ج 1 و2. الشنقيطي، محمد: أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مكتبة الصحابة، السعودية، ط2، 1994م، ص 395. الجميلي، خالد رشيد: أحكام نقل الخصيتين والمبيض وأحكام نقل الأعضاء الجينية الناقص الخلقة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع6، 1990، ج 3، ص2025. بكرو، كمال الدين: مدى ما يملك الإنسان من جسمه - الجزء الأول -، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، س05، ع07، د.ت، ص234. كنعان: الموسوعة الطبية الفقهية، مرجع سابق، ص 91.

واستندوا في رأيهم هذا على جملة أدلة، نجتمعها في النقاط التالية:

- إن نقل الغدد التناسلية إلى متلق آخر سيفضي -لا محالة- إلى اختلاط الأنساب، لأن المبيض والخصيتين - كما أثبت الطب- يعدان مصنع الحيوانات المنوية، مما يعني استمرارها في حمل وإفراز الشفرة الوراثية الأصلية للمنقول عنه، حتى بعد زرعها في متلق جديد، مما يجعل ثمرة الإنجاب الحاصل بعد ذلك غير وليدة من الزوجين الشرعيين المرتبطين فعلياً بعقد الزواج، بل هي راجعة في جزء منها- إلى المتلقي عنه والزوج الآخر غير المتلقي، أما المتلقي فيقف دوره عند تشغيل هذا المصنع من خلال إخصاب مني زوجة بماء الشخص المنقول عنه²، ولا " تتغير الصفات الوراثية الموجودة في الخصية بعد زرعها؛ بحيث إنها تعود إلى الشخص المتلقي، بل تبقى تلك الصفات الوراثية تعود إلى الشخص المتبرع، وذلك لأن المورثات تكون مبرمجة منذ البداية، ورغم أنها انتقلت في بيئة جديدة، وتتغذى من مصادر مختلفة عما كانت عليه، إلا أن برنامج المورثات يبقى على ما كان عليه، وبالتالي تعود الصفات الوراثية إلى المتبرع، وليس للمتلقي في ذلك من الأمر شيء"³. وهذا عين الاختلاط المنهي عنه شرعاً، مما يوجب القول بجرمة هذا الغرس⁴. وهذا ما عبر عنه مجمع الفقه الإسلامي في قراره رقم 6/8/59 والذي جاء فيه: "بما أن الخصية والمبيض يستمران في حمل وإفراز الصفات الوراثية" الشفرة الوراثية " للمنقول منه حتى بعد زرعها في متلق جديد، فإن زرعها محرم شرعاً"⁵.

- إن نقل الغدد التناسلية من الشخص - إذا كان حياً- مفض إلى عقمه وحرمانه من نعمة النسل، وقد جاء الشرع بجرمة قطع النسل والخصاء والعزل المطلق وغيرها من وسائل حسم التناسل⁶،

¹ - وثائق الندوة الفقهية الطبية الخامسة المنعقدة بالتعاون بين مجمع الفقه الإسلامي والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في 23- 26 أكتوبر 1989، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع6، 1990، ج3، ص2067. الندوة الفقهية الخامسة، مجلة الوعي الإسلامي، الكويت، ع 305، جمادى الأولى 1410، ص77.

² - العوضي، صديقة ومحمد نجيب، كمال: زراعة الأعضاء التناسلية والغدد التناسلية للمرأة والرجل، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، السعودية، الدورة السادسة، ع6، 1990، ج3، ص2154.

³ - البار، محمد: زرع الغدد التناسلية والأعضاء التناسلية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، السعودية، الدورة السادسة، ع6، 1990، ج3، ص2021.

⁴ - جمال، أحمد: زراعة الأعضاء البشرية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، السعودية، الدورة السادسة، ع6، 1990، ج3، ص2261. الجميلي، خالد رشيد: أحكام نقل الخصيتين والمبيض، مرجع سابق، ج 3، ص 1996. شبيها ماء العينين، حمداتي: زراعة الغدد التناسلية وزراعة رحم امرأة في رحم امرأة أخرى، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، السعودية، الدورة السادسة، ع6، 1990، ج3، ص 2038. القره داغي، عارف: مسائل شرعية في الجينات البشرية، مرجع سابق، ص 74.

⁵ - مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، السعودية، الدورة السادسة، ع6، 1990، ج3، ص 2155.

⁶ - شبيها ماء العينين، حمداتي: زراعة الغدد التناسلية وزراعة رحم امرأة في رحم امرأة أخرى، مرجع سابق، ج3، ص2037. الشنقيطي، محمد: أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مرجع سابق، ص 393.

وقد ثبت عنه ﷺ النهي عن ذلك للأثر «كنا نغزو مع النبي ﷺ، ليس لنا نساء فقلنا يا رسول الله ألا نستخصي، فنهانا عن ذلك»¹.

- إن نقل الخصية أو المبيض فيه تشويه لخلق الله، وتغيير لخلقة الإنسان المنقول منه، وهو محرم شرعاً². كما أن فيه - على رأي بعض أصحاب هذا القول - وصلاً في جسم المنقول إليه، فيكون محرماً قياساً على تحريم وصل الشعر واستوصاله³، لقوله ﷺ: «لعن الله الواشمات، والمتمصصات، والمتفلجات للحسن، المغيرات خلق الله ...»⁴.

- يحرم نقل الخصيتين والمبيض قياساً على تحريم غرس بويضة في رحم أجنبية، وتحريم التلقيح بمني غير الزوج من باب أولى، لأن هذا النقل يؤدي إلى انتقال الصبغيات الوراثية لأجنبي، وهو شبهة موجبة للتحريم لعللة الاختلاط النسبي، كما أن فيه شبهة بنكاح الاستبضاع المعروف في الجاهلية، والذي جاءت الشريعة الإسلامية بتحريمه، وفي ذلك يقول محمد البار: "من المعلوم أن الصفات الوراثية الموجودة في الحيوانات المنوية الناتجة من الخصية المزروعة إنما تتبع الشخص المتبرع لا الشخص المتلقي، وبالتالي يشبه ذلك دخول طرف ثالث في موضوع الإنجاب، وإذا أبيض ذلك، فينبغي أن يباح أيضاً استخدام مني من متبرع لتلقيح امرأة متزوجة من رجل عقيم... وهذه الطرق تشبه ما كان موجوداً في الجاهلية قبل الإسلام مما عرف بنكاح الاستبضاع..."⁵.

- وعلى فرض القول بنسبة العضو لحامله المتلقي، فإن الصلة بالمصدر لن تكون منبئة من كل وجه، كون الحال سيبقى مثار قلق دائم للمنقول إليه، ومنبع شك متواصل بشأن نسب هذا الوليد، مما سيترتب عليه نشوب مشكلات مزعجة، ونزاعات وصراعات منغصة على الصعد النفسية والاجتماعية للمصدر والمتلقي والوليد ولغيرهم ممن له بهم علاقة أو رابطة. وسيترتب ذلك انفصاماً في العلاقات الأسرية، ونشأة خلافات اجتماعية بشأن النسب والنفقة والميراث، مما يهدد كيان المجتمع ويهز أركان استقراره⁶.

¹ - البخاري: الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب النكاح، باب تزويج المعسر الذي معه القرآن والإسلام، ج 07، ص 04.

² - شبيها ماء العينين، حمداتي: زراعة الغدد التناسلية وزراعة رحم امرأة في رحم امرأة أخرى، مرجع سابق، ج 3، ص 2031.

³ - شبيها ماء العينين، حمداتي: زراعة الغدد التناسلية وزراعة رحم امرأة في رحم امرأة أخرى، مرجع نفسه، ج 3، ص 2038.

⁴ - البخاري: الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب اللباس، باب المتغلبات للحسن، ج 07، ص 164.

⁵ - البار، محمد: زرع الغدد التناسلية والأعضاء التناسلية، مرجع سابق، ج 3، ص 2020. الجميلي، خالد رشيد: أحكام نقل الخصيتين والمبيض، مرجع سابق، ج 3، ص 1996.

⁶ - الأشقر، محمد: نقل وزراعة الأعضاء التناسلية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، السعودية، الدورة السادسة، ع 6، 1990، ج 3، ص 2004.

- إن المقصود من زراعة الغدد التناسلية إما تحصيل نسل، أو إتمام استمتاع، أو ابتغاء زيادة جمال، وكلها مقاصد تحسينية أو حاجية وليست من قبيل الضرورات التي تجوز استباحة كيان الجسد بالجراحة، وكشف العورة، والمساس بجرمة الأحياء والموتى¹، فضلا عن إمكانية دفع علة العقم بما هو أيسر وأنجع من الغرس عبر التلقيح الاصطناعي².

-القول الثاني:

جواز نقل الغدد التناسلية وغرسها، وبه قال سيد سابق، ومحمد سليمان الأشقر³، وعلي التسخييري، وعبد الله محمد عبد الله، ومستندهم في ذلك⁴:

- إن الغدد التناسلية ليست أكثر من آلة تنظيم للحيوانات المنوية التي تعود في الأصل إلى صلب صاحبها "المتلقي"، فلا وجه للشبهة ولا للتحريم ههنا طالما أنه لم يثبت - بطريق القطع - أن الخصية أو المبيض هما المسؤولان المباشرين عن صناعة ماء الخلق والتزواج، والأمر في ذلك لا يعدو الظن والتخمين الطبي.

- وعلى افتراض أن المبيض والخصية هما آلتان لصناعة ماء الحبل فإن ما يتولد فيهما من حيوانات منوية أو بويضات ناشئة عن ذات جسد المتلقي حقيقة، وينسب المولود إليه نسبة شرعية صحيحة لاختلاف بيئة العضو المنقول، وحتى لو ثبت علميا انتفاء تأثير الزوج المتلقي على هذه الصناعة الوراثية فإن النسب يبقى له لأن الشرع يجعل النسب للفراش، وهذا ما يؤيده الواقع وتشهد به وقائع العرف، فالخصية والمبيض صارت لشخص آخر واقعا وعرفا، بما لا مجال للنفي فيكون له النسب كذلك.

- إن غرس العضو التناسلي في المتلقي يقطع صلته بأصله المنقول عنه بدليل أنه يأتمر بأوامر دماغ من زرع فيه، ويتألم بألمه ويلتذ بلذته، ويصح بصحته، ويمرض بمرضه، ويحس بما يطرأ عليه من عوارض، وهو

¹- الأشقر، محمد: نقل وزراعة الأعضاء التناسلية، مرجع سابق، ج3، ص 2004.

- مرجحاً، اسماعيل: البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، مرجع سابق، ص 104.

²- القصبي، أحمد: إمكانية نقل الأعضاء التناسلية في المرأة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، السعودية، الدورة السادسة، ع6، 1990، ج 3، ص 1978 وما بعدها.

³- الأشقر، محمد: نقل وزراعة الأعضاء التناسلية، مرجع سابق، ج 3، ص 2008. الشنقيطي، محمد: أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مرجع سابق، ص 393. ثبت مناقشة الندوة الفقهية الطبية الخامسة بالكويت المنعقدة في 23-24 أكتوبر 1989، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، السعودية، الدورة السادسة، ع6، 1990، ج3، ص 2135.

⁴- الأشقر، محمد: نقل وزراعة الأعضاء التناسلية، مرجع سابق، ج 3، ص 2006 وما بعدها. مرجحاً، اسماعيل: البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، مرجع سابق، ص 106 و 107.

- ثبت مناقشة الندوة الفقهية الطبية الخامسة، الدورة السادسة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع6، 1990، ج3، ص 2135. الشنقيطي، محمد: أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مرجع سابق، ص 994.

الذي يتضرر بقطعه إذا ما قطع، أو جرحه إذا ما جرح، وهو الذي تلزمه الأحكام الشرعية المتعلقة بذلك العضو من جماع، أو عدة، أو قصاص ونحوها... بخلاف حاله مع المصدر الذي تنبت الصلة به مع مبدأ الغرس الذي ينقل ملكيته إلى المنقول إليه بالتبرع عن رضا مباشر منه أو من ورثته، ولا معنى - بعدئذ - للنظر إلى الأصل فالعضو متملك للفرع المتلقي، سواء أدى ذلك إلى انتقال الصفات الوراثية أم لم يؤدي.

- أنه لا تأثير للجينات الوراثية، ولا خوف من تطابقها، بدليل أن الأخوين - وهما من أصل وراثي واحد - لا يحرم تزواج فرعيهما، فدل هذا على عدم تأثير تطابق الخصائص الوراثية المنقولة.

- إن القول بجواز هذا النقل يحقق مقاصد شرعية معتبرة، فتحصيل النسب مطلوب شرعا مرغوب لدى الإنسان رغبة طبيعية محترمة، كما أن الاستمتاع غرض صحيح ومحترم شرعا ما دام في الحدود المشروعة، فضلا عن أن فيه مندوحة تحصيل الجمال، وإزالة الهیئات القبيحة في البدن، وهي - بلا ريب - مصالح صحيحة ومقاصد مشروعة، وفقدانها يؤدي إلى تنغيص حياة الناس، وإلى الشقاق والفراق داخل الأسرة مما يورث الوقوع في العنف والمشقة والاضطرار، وأي ضيق وأي حرج أضر على صاحبه من أن يكون "الإنسان فاقدا لعضو من أعضائه، أو فاقدا للغدة التي تنشر الجمال والتناسب على سائر أعضائه، ويفقدانها تنقلب صورته إلى أن يقترب من الجنس الآخر، ويفقد خصائص جنسه، فإن هذا يجعله في حرج دائم، وضيق مستمر ملازم، ينغص عليه كل دقائق حياته"¹.

- القول الثالث:

وبه أفتى رئيس مشيخة الإفتاء بالأزهر عطية صقر وهو قول بعض المعاصرين كعبد القديم يوسف²، وفحوى القول جواز نقل إحدى الغدد التناسلية خصية أو مبيض من حي إلى حي آخر، غير أنهم ضبطوا ذلك بجملة شروط هي:

- أن يكون محل النقل خصية أو مبيض واحد لأن اجتذادهما معا من الخصاء المحرم.

- غلبة الظن في استفادة المنقول إليه من العضو المغروس.

- عدم الإضرار بالمنقول منه.

- ضمان تفرغ المادة الوراثية المخزونة بالعضو المنقول، والاطمئنان إلى خلوها منها بمعرفة مختصين منعا لاختلاط الأنساب.

واستندوا في ذلك إلى جملة أدلة نجملها في:¹

¹ - الأشقر، محمد: نقل وزراعة الأعضاء التناسلية، مرجع سابق، ج3، ص2007.

² - النتشة، محمد عبد الجواد: نقل أعضاء إنسانية لها خصوصية، مجلة الحكمة، السعودية، ع19، ص152. مرجعها، اسماعيل: البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، مرجع سابق، ص102.

- قياس زرع الأعضاء التناسلية على زرع غيرها من الأعضاء الأخرى بحاجة.
- إن نقل الخصيتين أو المبيض يؤدي إلى قطع نسل المتبرع، بخلاف نقل أحدهما وترك الآخر.
- **الترجيح:** يترجح للباحث - بعد هذا العرض - الأخذ بالقول الأول لقوة أدلته، ولموافقته لشهادة الخبرة الطبية الثابتة، والحقائق العلمية القائمة، ولأن الأصل في الفروج الحرمة فوجب القول بمنع نقل الخصية أو المبيض صيانة للأنساب وتحوطاً من اختلاطها.

- حكم نقل الأعضاء التناسلية غير الناقلة للصفات الوراثية:

اختلفت كلمة الفقه المعاصر بشأن قضية نقل الأعضاء التناسلية غير الناقلة للخصائص الجينية والصفات الوراثية من مثل؛ الرحم والمهبل والفرج في الأنثى، والقضيب والبروستاتة في الذكر، على أقوال ثلاثة:

-المذهب الأول:

حيث يذهب أصحابه إلى القول بحرمة نقل وغرس هذه الأعضاء في أشخاص آخرين غير أصحابها، وبه قال حمداتي ماء العينين شبيهننا، والصديق محمد الأمين الضرير، وعبد الله بن بيه، ويوسف بن عبد الله الأحمد، وجلال عبد السلام، وبه صدرت الفتوى عن قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية الكويتية². ومستندهم في ذلك فضلاً عما استند إليه القول بتحريم نقل الغدد التناسلية³:

- أن نقل الأعضاء التناسلية وإن كانت غير حاملة للحيوانات المنوية - كالقضيب أو الفرج - فإن ذلك مفض إلى الوطء المحرم، لأن المرأة تكون قد وطئت بذكر غير زوجها، كما أن الزوج يكون قد وطئ فرج غير امرأته مما لا يملكه هو. ولو سلمنا القول بنسبة العضو المزروع إلى المتلقي فإن مجرد الإحساس بنسبته إلى شخص آخر قد يولد نفورا بين الزوجين، أو إحساساً بالذنب من أحدهما، وقد ينتج عن ذلك أمراض نفسية، ونزاع وشقاق زوجي لا تحمد عواقبه.

¹ - المحمادي، علي: أثر الأدلة العقلية في تخريج الأحكام الشرعية للنوازل الطبية، حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية بجامعة القاهرة، مصر، ع 10، 2009م، ص 207. الشنقيطي، محمد: أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مرجع سابق، ص 395.

² - قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية: مجموعة الفتاوى الشرعية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط 1، 2011م، ج 20، ص 405. عبد السلام، جلال: قضايا فقهية معاصرة وآراء أئمة الفقه فيها، مرجع سابق، ص 279. شبيهننا ماء العينين، حمداتي: زراعة الغدد التناسلية وزراعة رحم امرأة في رحم امرأة أخرى، مرجع سابق، ج 3، ص 2032 وما بعدها. ثبت مناقشة الندوة الفقهية الطبية الخامسة، الدورة السادسة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع 6، 1990، ج 3، ص 2142.

- شبيهننا ماء العينين، حمداتي: زراعة الغدد التناسلية وزراعة رحم امرأة في رحم امرأة أخرى، مرجع سابق، ج 3، ص 2031.

³ - مرجحاً، اسماعيل: البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، مرجع سابق، ص 111 و 112. النتشة، محمد عبد الجواد: نقل أعضاء إنسانية لها خصوصية، مرجع سابق، ص 153. المحمادي، علي: أثر الأدلة العقلية في تخريج الأحكام الشرعية للنوازل الطبية، مرجع سابق، ص 239.

- إن في حال نقل الرحم من امرأة إلى أخرى، يكون ذلك شبيها بالرحم المؤجر الذي مجّه الفقه ومنعه الشرع، بل إن الواجب في منع هذا النقل أبلغ وأظهر من الرحم الظئر، لأن جميع محاذير إجارة الرحم حاضرة في هذا الغرس وزيادة، إذ فيه إفادة استمتاع الرجل برحم امرأة أجنبية عنه، والقذف بمائه فيه.

- إن في نقل العورات المغلظة امتهاناً ظاهراً بكل من المنقول منه والمنقول إليه.

-المذهب الثاني:

وقال أصحابه بجواز نقل الأعضاء التناسلية، طالما لم تنقل الصفات الوراثية معها من المتبرع إلى المتلقي، وهو رأي محمد سليمان الأشقر، وخالد الجميلي، ومحمد سيد طنطاوي، ومحمد نعيم ياسين، ومحمد شبير وغيرهم¹.

واحتجوا لمذهبهم هذا ب²:

- أن زراعة هذه الأعضاء سالمة من شبهة التحريم لانتفاء علة اختلاط الأنساب فيها، بخلاف نقل الغدد التناسلية.

- إن هذا اللون من الغرس الجراحي منوط بالضرورة ومرتبط بالحاجة، شأنه شأن باقي الأعضاء العادية فكان حقه القول بالجواز.

- المذهب الثالث:

يرى القول بجواز نقل الأعضاء التناسلية غير الناقلة للصفات الوراثية عدا العورات المغلظة، وإليه ركن كل من محمد مختار السلامي، ومحمد سالم بن عبد الودود، ومحمد عبد اللطيف الفرפור، وعبد السلام العبادي، ومحمد عبد الغفار الشريف، وغيرهم³. وبذلك صدرت توصية الندوة الكويتية السادسة بشأن زراعة بعض الأعضاء البشرية⁴، وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم

¹- الأشقر، محمد: نقل وزراعة الأعضاء التناسلية، مرجع سابق، ج3، ص 2011. الجميلي، خالد رشيد: أحكام نقل الخصيتين والمبيض، مرجع سابق، ج3، ص1996.

- المحمادي، علي: أثر الأدلة العقلية في تخريج الأحكام الشرعية للنوازل الطبية، مرجع سابق، ص 239. مرجحاً، اسماعيل: البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، مرجع سابق، ص 109.

²- الأشقر، محمد: نقل وزراعة الأعضاء التناسلية، مرجع سابق، ج3، ص2011. مرجحاً، اسماعيل: البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، مرجع سابق، ص112، العوضي، صديقة ومحمد نجيب، كمال: زراعة الأعضاء التناسلية والغدد التناسلية للمرأة والرجل، مرجع سابق، ج3، ص2056.

³- ثبت مناقشة الندوة الفقهية الطبية الخامسة، الدورة السادسة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع 6، 1990، ج3، ص 2141-2143.

⁴- وناق الندوة الفقهية الطبية الخامسة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع6، 1990، ج3، ص2067.

06/08/59، والذي جاء فيه: "زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنقل الصفات الوراثية، ماعدا العورات المغلظة - جائز لضرورة مشروعة، ووفق الضوابط والمعايير الشرعية"¹.

ومستندهم في استثناء الأعضاء المتعلقة بالعورات المغلظة من الجواز بـ:

- في حال آلت الجماع فإن الوطء اللاحق لذلك يكون من قبيل الوطء المحرم، وفيه شبه بالزنا المحرم لوقوعه على فرج أجنبي أو بقضيب أجنبي.

- إن العورة المغلظة لا يجوز لغير صاحبها في حياته لمسها، أو النظر إليها، وكذا بعد موته، فهي أعضاء لها حرمة تخالف فيها باقي الأعضاء الأخرى، ولا يستساغ قياسها عليها لهذا الفارق المؤثر.

- إن جواز النقل مرتبط بالإذن الشرعي، وهو منتف هاهنا بسبب أن الأصل في الفروج الاحتياط والتورع والمنع، لا الجواز والإباحة.

-الترجيح: الراجح في المسألة- بحسب ما تفصّل للباحث من نظر- هو القول برأي أصحاب التفصيل في الحكم بين العورات المغلظة وسائر الأعضاء التناسلية غير الناقلة للخصائص الوراثية، للخصوصية الشرعية التي ميزها بها الشارع عن باقي الأعضاء، فإذا كان موجب المنع منتف في حق هذه الأعضاء التناسلية وأمن الاختلاط معها فإن الحرمة الشرعية التي صيغ بها الشرع العورات المغلظة وإعمال مبدأ التحوط وإنفاذ النظر المآلي يقتضي القول بالحرمة في حق هاته الأعضاء لحساسيتها الشرعية والدينية والعرفية حسما للتلاعب، ومنعا للمتاجرة، وانتهاك الحرمات، وتجاوز الحدود.

ب-حكم القانون في نقل الأعضاء التناسلية:

رغم حساسية وخطر موضوع نقل الأعضاء التناسلية وزرعها غير أن التشريع الجزائري خلا من أي عملية تنظيم تشريعي لهاته القضية لا على مستوى قانون الأسرة في صيغته المعدلة بالأمر 05-02، ولا على مستوى قانون الصحة وحمايتها رقم 85-05 المعدل والمتمم بالقانون رقم 90-17²

غير أن استقراء النصوص الواردة بالقانونين المذكورين تقودنا إلى استنتاج مفاده أن الاتجاه التشريعي للمقنن الأسري الجزائري مستقر على منع وتحريم أي انتزاع أو نقل للغدد التناسلية المسؤولة عن صناعة وحمل الصفات الوراثية للأشخاص وتحديد هوياتهم الجينية، لارتباط ذلك بالنسب الذي يعد أحد الأسس الجوهرية للنظام العام الأسري في الجزائر، من حيث إفضاء نقل مثل هذه الأعضاء إلى اختلاط الأنساب وما يشكله ذلك من خرق لأصول هذا النظام، ومصادمته للشرعية الإسلامية التي تقوم

¹ - قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 6/8/59 بشأن الأعضاء التناسلية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع 6، 1990، ج 3، ص 2155.

² - القانون رقم 90-17 المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المؤرخ في 31 يوليو 1990، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 15 أوت 1990م، ع 35، ص 1123.

مبادئها على حفظ النسب، وصونه من الاختلاط¹. وقد حرص المشرع الجزائري على تكريس هذا المبدأ من خلال النص على طرق إثباته، وحصر آليات نفيه، وتحديد ضوابط وشروط هذا الإثبات وذلك النفي شخصا وموضوعا وزمانا في المواد 40-45 من قانون الأسرة الجزائري. كما أنه أكد في المادة 45 مكرر منه على إلزامية أن تتم عملية التلقيح الاصطناعي بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها، وذلك صريح في منع وتحريم مثل هذا النقل، سيما وأن المادة 274 من قانون العقوبات الجزائري تنص على تجريم أي اقتطاع للخصيتين للرجل أو المبيضين للمرأة باعتباره جناية خصاء يعاقب عليه القانون بالسجن المؤبد، وتشدد العقوبة إذا أفضى إلى الموت بالإعدام.

بيد أن مسألة نقل الرحم من امرأة إلى أخرى لا زالت تثير إشكالا، كون المشرع الجزائري قد نص صراحة في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة على تحريم اللجوء إلى الرحم الظئر في التلقيح الاصطناعي، الذي اشترط له نصا أن يتم بماء الزوجين في رحم الزوجة دون غيرها، وهو ما يفهم منه منع هاته العملية، وحظر إجرائها لاحتمال تسببها في محذور اختلاط النسب من جهة الحضانة والتغذية، قياسا على حرمة الرضاع لا من جهة الماء. وعليه فيحسن بالمشرع تدارك هذا الإشكال التشريعي وتقنينه على وجه يكفل حماية أفضل للنسب وحياطة أوعى للنظام القانوني الجزائري.

وفيما يتعلق بالحكم القانوني لزرع باقي الأعضاء التناسلية، فإنه وجريا على ما سبق استنتاجه، يمكن القول بأنه لا يوجد في التشريع الجزائري ما يمنع إجراء عمليات نقل وزرع تلك الأعضاء من شخص آخر شرط التثبت الطبي من خلو تلك الأعضاء من الحيوانات المنوية أو البويضات الخاصة بالمتبرع والتأكد من عدم نقلها إلى المتلقي في الأبقية المنوية والغدد الهرمونية اللصيقة بها وفق الأطر والضوابط التي قنن بها أحكام نقل الأعضاء عموما. حيث نظم المشرع الجزائري الأحكام العامة لنقل وزرع الأعضاء البشرية بموجب الفصل الثالث، من الباب الرابع، من قانون حماية الصحة وترقيتها بالمواد 161-168²، وناط العملية بجملة من الضوابط والمعايير التي يمكن تلخيصها في التالي:

- الضوابط المتعلقة بشخص المتبرع: إذ يشترط القانون في النقل عن الأموات:

¹ - أكد الاجتهاد القضائي على مبدأ نظامية النسب في العديد من قراراته. للاستزادة ينظر: عليوش، قريوع كمال: القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ط1، دار هومة، الجزائر، 2006، ج1، ص 169 و170.

² - خصص المشروع الجديد لقانون حماية الصحة الفصل الرابع من الباب السابع منه لتنظيم أحكام النقل والزرع للأعضاء والأنسجة البشرية على نحو يتدارك به بعض النقائص التشريعي الموجودة بالقانون الحالي غير أنه - يبقى - للأسف - قاصرا دون المستوى الذي تطلعت إليه أنظار القانونيين والأطباء والمختصين بسبب تضمينه - رغم تكرار المراجعة - للعديد من الإغفالات وعلى رأسها تنظيم مسألة نقل الأعضاء التناسلية.

- تحقق وفاة المتبرع بالإثبات الطبي والشرعي من قبل اللجنة الطبية المختصة في البت بعمليات الزرع بشهادة طبيين على الأقل؛ عضوين في اللجنة مع طبيب شرعي (المادة 164 معدلة بالقانون 17-90، والمادة 167 من قانون الصحة 85-05)

- رضا المتوفي وقبوله بإجراء عملية النقل أثناء حياته، أو موافقة أحد أعضاء أسرته، بحسب الترتيب الأولي المنصوص بالفقرة الثالثة من المادة 164¹. ويمنع مباشرة انتزاع الأعضاء في حال ثبوت رفض الشخص ذلك كتابيا. (المادة 165 المعدلة بالقانون 17-90)

وفي حال كان النقل من أحياء فإنه لا بد من:

- انتفاء الخطر على حياة المتبرع من عملية النقل.

- إعلام المتبرع بالمخاطر المحتملة التي يمكن أن تنجر عن هاته العملية.

- موافقته الكتابية وبحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب ورئيس المصلحة مع احتفاظ المتبرع بحق الرجوع عن تلك الموافقة في أي وقت (المادة 162 من قانون حماية الصحة 85-05).

- يمنع انتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز (المادة 162 من قانون حماية الصحة 85-05).

- يحضر نقل الأعضاء والأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع (م 163 من قانون حماية الصحة 85-05).

- الضوابط المتعلقة بشخص المتلقي:

- يمنع إجراء عملية غرس الأعضاء والأنسجة البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية (المادة 166 من قانون حماية الصحة).

- إعراب الشخص المستقبل عن رضاه التام بعملية الزرع بحضور الطبيب - رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها (المادة 166 من قانون حماية الصحة)، وإذا كان المعني غير قادر على التعبير عن إرادته، فيمكن لأحد أعضاء أسرته حسب الترتيب الأولي المنصوص بالمادة 164 معدلة الموافقة على ذلك كتابيا (المادة 2/166 من قانون حماية الصحة 85-05). واستثناء من ذلك يمكن مباشرة عملية زرع

¹- تنص الفقرة الثالثة من المادة 164 في نسختها المعدلة بالقانون 17-90 على أنه: "إذا لم يعبر المتوفي أثناء حياته، لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولي التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت، أو الولي الشرعي إذا لم تكن للمتوفي أسرة".

الأعضاء دون موافقة المعني، إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية، أو تعذر الاتصال بالأسرة، أو الممثلين الشرعيين للمستقبل في الوقت المناسب (166) 6 من قانون حماية الصحة 85-05).

- حضور شاهدين اثنين (المادة 166 من قانون حماية الصحة).

- إعلام الشخص بالأخطار الطبية التي يمكن أن تنجر عن عملية النقل من طرف الطبيب المعالج (م5/166 من قانون حماية الصحة 85-05).

- الضوابط المتعلقة بالهيئة الاستشفائية القائمة بعملية زرع الأعضاء:

- يجب أن تحوز الهيئة الاستشفائية التي تتولى عملية زرع الأعضاء على ترخيص مسبق من الوزير المكلف بالصحة (م 1/167 من قانون حماية الصحة 85-05).

- إشراف لجنة طبية معتمدة بالهيئة الاستشفائية على عملية نقل الأعضاء وتسليم الأذن لذلك (م 2/167 من قانون حماية الصحة 55-05)¹.

هذا فيما يخص التحقيق العام لمناط قضية الأعضاء التناسلية من وجهة نظر القانون وما يستتبعه من أحكام عامة، أما التطبيق القضائي لها على وجهه الخاص فلم يتسن للباحث العثور على قرارات قضائية وأحكام عملية تشهد بالكيفية المعتمدة في تنزيل تلك الأحكام على أرض الواقع وتجسيد صورها ومضامينها على شخوص الأفراد المعنيين بها، لا على المستوى المدني، ولا على المستوى الجنائي فيما هو منشور من قضايا وأحكام وقرارات.

¹ - ينص المشروع الجديد لقانون حماية الصحة على استحداث وكالة وطنية مكلفة بمتابعة ومراقبة عمليات التبرع والزرع.



وقد خلصت دراسة موضوع "الاجتهاد التنزيلي" في مسائل الأسرة في شقها الشرعي والقانوني إلى جملة نتائج ومقترحات نجملها في التالي:

أولاً- النتائج:

أ- من الناحية الشرعية لموضوع الدراسة:

1- أن الاجتهاد التنزيلي مسلك نظري شرعي يعني في مفهومه الاصطلاحي الدقيق: "بذل الوسع في إيقاع الأحكام الشرعية العملية الثابتة بمدركاتها الشرعية على الوقائع النازلة، بما يحقق مقاصدها المرعية، ويلحظ مآلاتها الإجرائية".

2- الاجتهاد التنزيلي نظر فقهي تطبيقي أصيل في العمل التشريعي الإسلامي، غير أنه لم ينل مستحقه من الاهتمام التأسيلي إلا بمجيء الإمام الشاطبي رحمته الله الذي قعد أصوله وأصل قواعده على نحو لاحق لكل باغ وطالب، ثم جدت جذوة الاهتمام به لدى بعض العلماء المعاصرين -على قلتهم- الذين جهدوا أنفسهم في إحياء وابتناء أصوله على منهج قويم، تتحقق به تهيئة الأحكام المجردة المستخلصة بالاجتهاد الاستنباطي، لتسهيل إجرائها -من طرف النظائر المتأخرين- على الأوضاع الواقعية العينية المستأنفة، غير أنها -هي الأخرى- تعثرت شيئاً ما بسبب تباين التسميات، وعدم دقة الاصطلاحات، وتنوع جوانب الاهتمامات المقصودة بالدراسة؛ بين غايي الإنجاز الجمعي للشريعة والتنزيل المشخص للأفعال، بيد أنها تبقى جهوداً مباركة مأزورة غير منكورة، والواجب على الأمة استكمالها والانتهاض بها من هذه الوهدة لاستتمام هذا التعيد المنهجي وفق عمل مؤسساتي جامع حتى تتصل الجهود بسالف من الأدب الأصولي الفقهي للمتقدمين، وتشفع بخالف من أنظار أهل الفتيا والقضاء المتأخرين.

2- أن الاجتهاد التنزيلي -بهذا المفهوم- يعدّ في الأهمية صنو النظر الاستنباطي وعديله، إن لم تكن له عليه مزية مزيده في ذلك؛ إذ أن عليه مدار التكليف، وهو مبتنى التشريع، وهو -وحدّه- سبيل هداية شعاب الحياة وأفانينها المتقلبة بالنوازل الحية، وجنبت الواقع الإنساني المائجة بالواقعات الحادثة، ولا يتصور انقطاع هذا النوع من الاجتهاد إلى فناء الدنيا بخلاف نده النظري، لأن ارتفاعه يعني انقطاع التكليف برمته، وهو عين المحال. وعلى ذلك يكون الاجتهاد التنزيلي -وحدّه أيضاً- الضامن لديمومة الشرع، ومظهر خلوده الذي لا يتجسد إلا بآلة الاجتهاد التطبيقي، وسلوك النظائر مسلك التنويط تحقيقاً على الوجه الأعم والأخص، علماً أن نصوص الشرع محصورة معدودة، وأن حوادث الدهر وأخلاقه مفتوحة غير محدودة، وأتى للمعدود أن يفني بغير الحدود، لولا هذه الحطة الإجرائية للتشريع الرباني، والتي تكفل -بالهدي المقاصدي واللحظ المالي- تحقيق العدل والصلاح والقيام بمقتضى الإنصاف والخير لجمع المكلفين في كل الأعصار والأمصار.

3- ولعل من مؤكدات هذه الأهمية للاجتهاد التنزيلي في العصر الراهن تميّز هذا الأخير بكثرة النوازل المستجدة وتعقدها، وتشابك حوادثه ووقائعه فيها، بسبب التطور الهائل الذي تشهده البشرية في المجال

التكنولوجي، وتقدمها المبهر في السياق العلمي والاتصالي، وما استتبع ذلك من ظهور صور وأنماط جديدة من المعاملات والممارسات والعقود في مجالات عدّة تتطلب رأياً ونظراً جديداً يليق بهاته الواقعات النازلة، كما كان لهذا التقدم المحرز الأثر الحاسم على الواقع الإنساني المعاش والذي أسهم في تغيير وتحوير الأعراف والعادات والتقاليد وحتى المبادئ، وإلباسها لبوسها عالمياً؛ غربياً في بعض الأحيان وشاذاً في أحيانٍ أخرى. مما جعل ديانة عدد ليس بالقليل من المسلمين تنزل في دركات حضيض الفجور، لتنخرم معها الفطرة وتتنكس الجبلّة، وتخبو للشرعية قيميتها على منح عريضة من حياتهم على المستوى الأسري والاجتماعي، فحدثت لهم من الأفضية في ذلك بقدر ما استجلب لهم الزمن من خوارم واختلالات. وقد كان من نماذجها على المستوى الأسري أن استجدت أنماط حديثة في عقود الزواج وصيغ مبتدعة للطلاق، وظهرت مؤثرات وقتية وشخصية جديدة لها اعتبار في ترتيب مناسبات آثار العلاقة الزوجية وفرقها، كما أسهم التقدم الطبي في استثارة النظر الفقهي لمسائل تتعلق بوسائل إثبات النسب بوسائل علمية مبتكرة، يُرغم أنها أقوى في الصدقية من سالفاتها الكلاسيكية، أو التغلب على العقم بالتلقيح الصناعي والرحم الظئر والبنوك الحيوية، فضلاً عن إحيائه لجذوة نازلة الإجهاض التي أفلقت -ولا تزال- ضمير البشرية قاطبة، لما تحصدته القضية من أرواح ملايين النسوة سنوياً، وأمثال عددها أو أكبر من السمات البريئة من الأجنة، كما شغل النظائر التنزيليون يبحث رزيئة الأمراض الجنسية والتحورات الجينية الحادثة، ومدى جدوى تشريع الفحص الطبي القبلي للمقبلين على الزواج للوقاية منها، كما أن للعمل العلاجي دوراً بارزاً في بسط القوة النظرية للقائمين بالتنزيل بخصوص مسائل نقل الأعضاء مما له أوثق العلاقة بالرابطة الأسرية؛ كعملية نقل الأعضاء الجنسية التي تتطلب اجتهاداً تطبيقياً يراعي مناسبات خصوصيتها، ويحفظ الأنساب من نيل الاختلاط وثلمة الالتباك، وهو ما سعينا إلى النمذجة له في تضاعيف الشق التطبيقي من الدراسة، عبر أفنان الفصل الثاني للبحث.

4- أن مبنى النظر الاجتهادي في تنزيل الأحكام قائم على جملة من الأسس والضوابط الناهضة بتصويب هذا الفعل التشريعي لتحقيق التمثيل الفعلي لأحكام الشرع في واقع الناس، وتخلفها يعني غلث العمل الاجتهادي برمته في عوارض القصور وتعطيل مصالح البريئة، وتنطلق هذه القواعد: أولاً من أسس التصور الدقيق للنازلة الحادثة، وفهم تفاصيل كنهها، ودقائق جزئياتها، وتمييز خبايا حقائقها تمييزاً عميقاً يحيط بملابساتها وأحوالها وقرائنها. لينتقل الناظر ثانياً إلى ضابط التكيف والتوصيف المحكم للأفراد المنتجة في المسألة المنظورة؛ عبر إدراجها ضمن جنس فئتها، ونوع وأصل وصيغتها، فتضم إلى أصلها الشبيه، وتصنف مع لدها النظر بإعطائها ذات الوصف الشرعي. فإذا تهيأ للمجتهد ذلك، باشر بعدها -في الأسس الثالث- عملية الإسقاط لأنسب الأحكام المرصودة من طرف الشارع لفروع ذلك الوصف، فيعطيها ما يليق بها من أحكام في ضوء نظر غائي، يراعي ضمان تمثّل قصود الشرع من تلك الأحكام وغاياته فيها، ولا يتحقق له ذلك إلا بلحظ المآلات التي يمكن أن تنجم عن هذا الإجراء، ويدرس آثاره الواقعة والمتوقعة، في ضوء مكتنفات الاقتضاء التبعية المتفصي عن أعمال الموازنة التي

يجريها على مستوى الزمان والمكان والأشخاص، ليتأكد من مطابقة صياغته المقاصدية للحكم المراد تنزيله مع تلك الآثار والناتج، فيأتي على مرغوب غبه، وغاية مراده، ومحمود عاقبته.

5- يُعد فقه الواقع - بما يكتنزه من إحاطة دقيقة بالأوضاع الإنسانية والأخلاق الزمكانية - التكنة الجوهرية التي يستند إليها فعل المجتهد التنزيلي في إسقاط الأحكام الشرعية الكلية على ألام محلها و أنسب منازلها، لأن فهم دقائق الواقع وإدراك جزئيات عناصره واسطة المفتي والقاضي في الربط بين الأحكام التجريدية والأوضاع الواقعية المشخصة، وفق ما تنفصد عنه مناطاتها المتقلبة والمتشعبة، تقلب وتشعب المؤثرات الشخصية والزمانية والمكانية للصيقة بالواقعة وفاعليها، ومنه يكون فقه الواقع - على وجهه - نصف حقيقة الفعل التنزيلي، ومقطع الطريق التي يتوجب سلوكها إلى الإجراء الصائب للحكم على الفعل المناسب. وتتأكد هذه المناسبة ويتحقق هذا الصواب - في ضوء هذا الفهم - بتجسد المقاصد الشرعية المرعية لهذا الحكم على ذلك الفعل عيناً، وتلكم قصارى غايات الشارع من التشريع.

6- أبان الفقه الإسلامي بما يكتنزه من ثراء شرعي في نوازل الأحكام عن قدرة استيعاب هائلة للأعداد غير المتناهية من المسائل الحادثة والقضايا المستجدة، وقد أسهم العمل المؤسسي المتبني من طرف الجامع الفقهية المختلفة في سرعة القيام بهذا الجهد العظيم، وتحقيق الكفاية فيه بالنسبة للمسلمين داخل الدول الإسلامية وخارجها بالنسبة للأقليات المسلمة في الدول الغربية، مع مراعات المناسبة الواقعية اللائقة بذلك.

ب- من الناحية القانونية:

1- يتأسس التنزيل في جانب القانون الأسري على شقين؛ حيث يمثل فيهما التقنين مرحلته الصياغية الأولى، والتي تتحقق بها خطة التهيئة التشريعية للأحكام الفقهية المجردة المبتناة على الفهم الكلي العام، وانتقاء الأنسب منها - في ضوء التحقيق العام - لتحكم ملائمتها من الوقائع الإنسانية للمجتمع، بما تكتنزه من صلوحية تنظيمية للخصوصيات الزمانية و المكانية المتشخصة لتلك الأوضاع، فتكون بذلك من جهة مؤسسه على الحكم الشرعي المجرد والمثبت بمدركه، والمقاصد الكلية المتغيرات منها شرعاً، كما تكون - من جهة أخرى - مكيفة بمقتضيات الأوضاع الواقعية والحوادث النازلة، ليتحقق - بذلك - التوبط العام في صورته الأصولية. بينما يتولى الاجتهاد القضائي الشق الإنجازي من العمل التنزيلي، بإجرائه تلك الأحكام الشرعية المهيئة على ما يتناسبها من وقائع قانونية مشخصة، وجزئيات فعلية منتجة في الدعاوى التي ينظرها قضاة الأحوال الشخصية، بما يحقق الحكم والمقاصد المرعية لها في مرحلة الإعداد والمبتغاة من تشريعها، فيتجسد بذلك تحقيق التوبط في صورته الخاصة، وكلا التحقيقين - العام والخاص - اجتهاد إجرائي تمثلي.

2- التقنين الفقهي في المجال الأسري صنعة تشريعية قائمة الأصول، فارهة الضوابط من حيث آلية الاستمداد إنتقاءً أو إنشاءً، ومن حيث التوبط، والأسلوب، والصياغة التي يشترط لها الجمع بين الإحكام والرصانة والمطاوعة، ليتسنى إعداد وهيئة الأحكام الشرعية المختارة للتنفيذ والإجراء الفردي والجماعي على وفق ما

شرع لها من مقاصد وحكم، عبر صبّها في قوالب فنية، تنتظم ضمنها المسائل الأسرية في مدونة واحدة مرتبة القواعد، ومبوبة المحاور. وقد أبان المشرع الجزائري - في هذا المجال - عن حنكة وخبرة نافذتين في صياغته لقانون الأسرة رقم 11-84، مما جعله يبرز باقي التقنيات في هذا المنحى؛ من حيث جودة السبك للنصوص، وحسن الحبك للتبويب، ووضوح اللغة، والأسلوب المطوّع البسيط، فضلا عن مواءمة الاستمداد، ومناسبة الاختيار للأحكام التي راعت - في مجملها - العرف والعادة والزمن والأفراد. وتشهد لذلك - من جهة الإطلاق - الاستعمال الاصطلاحي المعتمد في الصياغة القانونية، ومن جهة المضامين ليونة التنظيم وشرعيته في مسائل التقديرات، والتقويمات، ونُظم ولايات النظر... والتي لم تخرج - في مجملها - عن معهود العرف والعادة، كما هو شأن الأصول الفقهية للمدرسة المالكية، مذهب القانون. وهذا ما أكسبه قبولا واستحسانا عريضين لدى عامة المجتمع.

3- بيد أن ذلك لم يمنع الصنعة التشريعية لقانون 11-84 من أن تتناوشها مثالب الأخلال، وأن تهيئها مهاوي الزلل والإغفال في بعض الجوانب المتعلقة بتخلف المرجعية الفقهية عن بعض قواعده، والخطأ في النسخ المادي لبعض نصوصه، فضلا عن التناقض والغموض الذي طبع صيغة بعض مضامين مواده القانونية، وتكرر اعتماده للإحالات المخلّة، وتضمنه للسقط والتكرار. كما أثر على جدوى التطبيق - في بعض الجوانب المتقلبة - طول مدة التشريع، وعدم تناول جزئياته المتغيرة بالتعديل، أو المرونة في التقنين.

4- كان المرتجى من تعديل قانون الأسرة بالأمر 02-05 أن يعالج هذه المهاوي التقنيية ويتدارك زلل تلك الأخطاء والإغفالات التشريعية، بيد أنه - للأسف - صدف عن هذه الحطة التشريعية، ليخرج في صورة سادها النكوص التشريعي عن معالجة القضايا الجوهرية والإشكالات الحاسمة المتعلقة بالأسرة؛ كقضية استيفاء النفقة الغذائية، وتفعيل آلية جدية لتيسير سبل الإعفاف للأكوام المكدوسة من أعداد الرجال والنساء الذين قعدت بهم الحاجة دون الإحصان، وكذا معالجة قضية الطلاق التي استعر أوارها والتهبت أرقامها في البورصة الاجتماعية، حتى بلغت 80 ألفا سنويا، مع مئات آلاف الأطفال المشردين، وقد أفقد هذا التغاضي التشريعي - عن حلحلة هاته الإشكالات - النص التعديلي ضابط المناسبة، وأصابه بخل في مقتل فيما عالج من قضايا، بعضها ليست محل ضرورة اجتماعية أو اقتصادية... اللهم ضرورة ملاءمة الاتفاقات الدولية، بخصوص مسائل مساواة المرأة وقضايا الطفل، وما كان منها ذا أهمية - مما عالج - جاء في صيغة حلول ترقية مجتزئة مفتقدة للحسم والقطع؛ كما هو حاصل في قضايا إسناد الحضانة، وضوابط استحقاقها، مما تضيع معه على المحضون مصلحته، وتتيه في ثنايا النزاعات حطوته. وكذا قضية سكن المطلقة، وإسناد الولاية الأبوية، والخلع، وبعض جوانب التطبيق القضائي وغيرها. بل وقد تصل عن جانب مهم من تلك القضايا المنظورة بالتقنين المرجعية الشرعية في الاستمداد؛ إذ خالف فيها أحكام الفقه الإسلامي من خلال الاستعانة بالوجه الممنوع من التلفيق في الشرع الإسلامي، لابتنائه على اجتزاء الأحكام عن ضوابطها، وتعريتها عن أسبابها وشروطها، مما تتغير معه مناطات العلل والأحكام وتبدل؛ كما هو حاصل مع التولية في الزواج، وترتيب الاستحقاق في الحضانة، ومنح سلطة النظر الأبوي وغيرها.

3- يتضح من استقراء النصوص التشريعية للمسائل الأسرية في مجال الأسرة أن الصنعة التشريعية الجزائرية مشوبة بقصور حاد في احتواء وتنظيم القضايا الحادثة -على أهميتها وخطرها على الأبناء والأنساب-؛ فقانون الأسرة الجزائري يعاني هنالما تقنيا في الصياغة الإجرائية للأحكام الفقهية لمسائل أسرية جوهرية؛ سواء كان متعلقها طبيعة العقود التي تنقسمها الزيجات القانونية، والقوالب المستحدثة في ذلك المجال، أم كانت مرتبطة بأنماط إبرامها ووسائل انعقادها، أم كانت متصلة بأحكام آثار تلك العقود والنتائج المترتبة عن فرقها، أو كانت مختصة ببعض جوانب القضايا الطبية ذات الصلة؛ كالعمل الجراحي ونقل الأعضاء التناسلية أو بيعها وغيرها.

4- يتولى الاجتهاد القضائي -في مفهومه الوظيفي الخاص- عملية استفراغ الواسع في التحقيق المشخص للمناطق في أحكام الدعاوى المنظورة، للفصل في خصوماتها على نحو ملزم، وفق محددات وضوابط يحكمها التقدير الموضوعي والشخصي للقائم به.

5- يتأسس النظر التقديري الموضوعي للقاضي على بحث الموجه التشريعي الدال على حكم مثيلات الواقعة المطروحة بين يديه، بعد فهمها وتكييفها، من خلال تحليل القاعدة القانونية المرشحة بالتوصيف القانوني، وتفكيك فروضها، لاستخلاص ذلك المؤشر المعياري العام لذات المركز القانوني المتنازع عليه، مُحَرِّزاً من كل الالتفاتات الذاتية أو الاكتفافات الشخصية اللصيقة بذوات الأطراف وأشخص الخصوم.

6- يقوم النظر التقديري الشخصي للقاضي -بعد ذلك- على مقارنة مركبة؛ تتضمن ابتداء حصر التصور الصحيح لمضمون القاعدة القانونية المنتخبة للتطبيق بالتقدير الموضوعي السالف، لاستشفاف نوع المصلحة المتضمنة بها من حيث العموم والخصوص، ليقوم -في حال ثبوت خصوصها- باستنباط المعيار الذاتي، الخاص والمستقل بتنظيم الحقائق الإنسانية، والأحوال الشخصية الجزئية، فيقرنه بالملكات الذاتية، والحاجات البشرية، والسّن، و الجنس، والخبرة، و الحرفة، و الثقافة، و باقي حيثيات الزمان والمكان المؤثرة، فيتفحص الحكم المشخص بما يلائم ذوات أطراف النزاع، ويراعي خصوصيات شخصهم، ليخلص من هذه المماحكة الدقيقة والمعقدة إلى إسقاط الحكم المناسب والقاعدة اللائقة بعين وذات ما يطابقها من وقائع منظورة. وتختص العملية التنزيلية لمسائل الأحوال الشخصية بمزية خصوصية زائدة في ذلك، مما تستدعي معها نظراً شرعياً ثاقباً، وبصيرة واقع متقدمة، وفطنة نفس نافذة في حقيق النيات، ودقيق الخلجات، ورفع الأحوال والوضعيات اللصيقة بالمركز القانوني المتنازع عليه.

7- لا بد من اعتماد قواعد الفكر الأساسية، ومراعات مبادئ الاستدلال والاستنتاج بدقة في عملية استصدار الأحكام، إذا ما أريد لها أن تُعصم من مجنّة الخطأ وتحكم الهوى، ويشكل الاستقراء "Induction" والقياس المنطقي "Syllogism" جماع الأمر في ذلك.

8- ينجر عن صدور الحكم القضائي القطعي الفصل في الخصومة، وارتفاع ولاية نظر المحكمة في حكم القضية، بإكسابها حجية قضائية تمنع القاضي إعادة فتح المحاكمة، أو الرجوع عما أصدر فيها من أحكام، أو

تعديلها أو الإضافة عليها، وتشكل الحجية -بذلك- ضرورة حيوية للسيرورة الطبيعية للعمل القضائي؛ كونها تحول دون تأييد النزاع ونشر الفوضى في الأحكام القضائية وتقلب المراكز القانونية.

9- لا يعني تمتع القاضي بالسلطة التقديرية الواسعة والفعالة في فهم الواقع، وتنزيل الأحكام، وتطبيق القانون على ما ينظر من وقائع الدعاوى، أن هذه السلطة مفتوحة ولا حرة بإطلاق؛ إذ تضطلع المحكمة العليا - باعتبارها الهيئة المقومة للأعمال القضائية- بمهمة رقابة التطبيق السليم للقانون من طرف المجالس والمحاكم التي تتبعها، فهي تضمن توحيد الاجتهاد القضائي الممارس على مستوى الهياكل القضائية الأدنى، وتسهر على احترام إرادة المشرع المسطرة بالقانون، وذلك من خلال بحث ضمان التفسير والتطبيق الصحيحين للقواعد القانونية، سواء أكانت موضوعية أم إجرائية.

10- تتعدى رقابة المحكمة العليا للعمل القضائي هذا الحد، لتشمل أيضا تقدير القاضي لمسائل الواقع، التي وإن كانت تفترض فيها الصحة في الثبوت، غير أنها معنية بفهم طريقة تكوينه لحكمه من هاته الوقائع، وكيفية ابتناؤه لاقتناعه منها؛ إذ أن القاضي ملزم بإثبات سلامة تقديره للواقع، ومهمة تطبيقه للقانون من خلال ضوابط محددة قانونا. وذلك ما يتجلى في الأوجه والحالات القانونية للطعن بالنقض، والتي يمكن إجمالها في ميدانين جامعين هما مدى مطابقة القانون، وتسبب الأحكام؛ فالأول يضمن صحة تطبيق وتنزيل الأحكام القانونية على محالها من النوازل المعروضة أمام القضاء. بينما يتأكد بالمبدأ الثاني الفهم السائغ، والتفسير الصحيح للوقائع المتضمنة بتلك النوازل، وبالتالي صلاحيتها لإعمال الحكم القانوني المختار من طرف القاضي عليها.

11- إذا كان من شأن التوحيد الاجتهادي للفعل القضائي في تنزيل الأحكام القانونية وتطبيق قواعده أن يسهم في تقوية تلك الأحكام والقرارات وإكسابها الهيبة اللازمة والفعالية المرجوة لها أثناء التطبيق، فإن ذلك لا يمنع البتة من إمكانية العدول عن هاته الاجتهادات وتغييرها والتعديل فيها، وفق إجراءات قانونية محددة.

12- أثبتت الوقائع عدم التزام غرفة الأسرة -بالمحكمة العليا- باللجوء إلى هذه الإجراءات القانونية أو احترامها عند حصول تغيير في الاجتهادات القضائية، أو تلقي حلول اجتهادية متناقضة، كما حصل في مسألة إنفاذ تولى الولاية الأبوية بإسناد حق الحضانة، ومسألة تكييف الخلع بين الرضائية والفردية وغيرها من الأمثلة التي تسهم في إرباك التطبيق القضائي على مستوى أقسام الأسرة بالمحاكم وغرفها بالمجالس القضائية، لعدم توضح آلية النظر وغياب الأسس المنهجية الضابطة للتنزيل القضائي، لضمان توحيد الأحكام العملية للوقائع من جهتي التحقيق العام والخاص.

13- من أسباب اختلال التطبيق القضائي الأسري ضالة النصيب المعرفي في المجال الأسري بالنسبة للتكوين القاعدي الذي يتلقاه طلبة القضاء بالمدرسة العليا، مما يستوجب إعادة النظر في خارطة التأهيل العلمي لهذا المنصب الحساس والحيوي.

ثانيا- التوصيات: كما خلصت الرسالة إلى جملة مقترحات وتوصيات نجملها في التالي:

- شفع التأهيل الشرعي للقائمين بالفعل الاجتهادي -مفتين وقضاة- بفقهِه الواقع واللحظ المالي، والتضلع في علوم العصر وآلاته الحديثة، وتقنياته المستجدة، مع الاستعانة بالخبراء والمختصين في دقائق المسائل التي تستعصي على غيرهم ، ترشيدا لمبدأ التصور الصحيح وتصويبا للفهم السائغ للنوازل الحادثة.
- توسيع وتفعيل العمل المؤسسي للعمل التنزيلي من خلال نشر ثقافة الجامع والهيئات الجماعية في الفتيا والقضاء، عبر إقامة فروع للمجامع والمؤسسات القائمة بذلك في ربوع العالم الإسلامي عموما، والعالم الغربي خصوصا للانتهاض بواجب التبليغ وتبين الأحكام الشرعية للنوازل والأقضية الحديثة في المجال الأسري، بغية تحقيق تطبيق أشمل للشرعية الإسلامية.
- إحياء الثروة التراثية النوازلية، تحقيقا ودراسة ونقدا، للإفادة من روافدها في تفعيل مناشط الاجتهاد المعاصر، واستئناف دورة حياته، واستثمار أدواته في بسط الأحكام الشرعية على عموم أكناف الفعل التكليفي.
- استكمال العمل التأصيلي لنظرية الاجتهاد التنزيلي؛ من خلال إقامة مرصد علمية، ومراكز بحثية مختصة في فقه النوازل الأسرية، مكونة من علماء في الشريعة الإسلامية، وباحثين في العلوم الاجتماعية، وخبراء في علوم المادة والطبيعة، لإقامة دراسات استشرافية وبحوث أكاديمية وأطاريح أكاديمية تعين على تقعيد وتنظير العمل التنزيلي للقضايا الأسرية الحادثة على كثرتها وتعقدها.
- إعادة مراجعة التشريع الأسري الجزائري، بما يراعي خصوصيته الشرعية والقيمية، ويحفظ له ميزة المناسبة والملاءمة في التطبيق، ويصون مصالح الأبناء والأزواج ويمنع عن الأسرة لؤثة التفكك وغيلة الانتكاث.
- ضرورة النشر الورقي والإلكتروني لكل القرارات القضائية للمحكمة العليا، تسهيلا للعمل القضائي على مستوى هيئاته الأدنى وتوحيدا للاجتهاد التنزيلي فيه.

المسارد

- مسرد الآيات القرآنية.
- مسرد الأحاديث و الآثار.
- مسرد الاعلام.
- مسرد المصادر و المراجع.
- قائمة الاختصارات.
- مسرد الموضوعات

مسرد الآيات القرآنية

| الصفحة | رقمها | الآية | السور |
|----------|-------|--|----------|
| 104 | 30 | ﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً﴾ | البقرة |
| 308 | 180 | ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ﴾ | |
| 308 | 180 | ﴿بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ | |
| 100 | 185 | ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ | |
| 104 | 193 | ﴿وَقَتْلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ لِلَّهِ فَإِنِ انْتَهَوْا فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾ | |
| 274 | 221 | ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّى تُؤْمِنَ وَلَا مَؤْمِنَةً خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَا أُعْجَبَتْكُمْ وَلَا تُنْكَحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَا يُعْجَبَكُمْ﴾ | |
| 268 | 228 | ﴿وَالَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ | |
| 296 | 229 | ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ | |
| 263 | 233 | ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ﴾ | |
| 329-328 | 236 | ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ | |
| 328-308 | 241 | ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ | |
| 100-56-6 | 286 | ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾ | |
| 13 | 03 | ﴿نَزَّلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ وَأَنزَلَ التَّوْرَةَ وَالْإِنْجِيلَ﴾ | آل عمران |
| 264 | 03 | ﴿فَإِن خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا﴾ | النساء |

| | | | |
|--------|-----|---|---------|
| 267 | 04 | ﴿ وَعَاثُوا النِّسَاءَ صَدَقْتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيًّا ﴾ ﴿١٤٠﴾ | المائدة |
| 305 | 11 | ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ﴾ | |
| 101 | 36 | ﴿ وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا ﴾ | |
| 431-28 | 59 | ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهٗ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴾ ﴿٥٩﴾ | |
| 72 | 83 | ﴿ وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَذَاعُوا بِهِ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنبِطُونَهُ مِنْهُمْ ﴾ | |
| 27 | 127 | ﴿ وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ فَلِ اللَّهِ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتْلَى النِّسَاءِ الَّتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ ﴾ | |
| 267 | 128 | ﴿ وَإِنْ أَمْرَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُورًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ مُحْسِنًا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴾ ﴿١٢٨﴾ | |
| 99 | 165 | ﴿ رُسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ وَكَانَ اللَّهُ عَزِيزًا حَكِيمًا ﴾ ﴿١٦٥﴾ | |
| 49 | 03 | ﴿ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِينًا ﴾ | |
| 87-34 | 05 | ﴿ الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَلِّحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ ﴾ | |
| 390 | 32 | ﴿ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾ | |
| 120-29 | 49 | ﴿ وَإِنْ أَحْكَمُ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ ﴾ | |
| 293 | 67 | ﴿ يَا أَيُّهَا الرَّسُولُ بَلِّغْ مَا أُنزِلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ وَإِنْ لَمْ تَفْعَلْ فَمَا بَلَغْتَ | |

| | | | |
|---------|-----|---|----------|
| | | رِسَالَتُهُ وَاللَّهُ يَعِصُكُمْ مِنَ النَّاسِ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْكَافِرِينَ ﴿٧٧﴾ | |
| 4 | 109 | ﴿وَأَقْسَمُوا بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ لَئِن جَاءَتْهُمْ آيَةٌ لِّيُؤْمِنُوا بِهَا﴾ | الأنعام |
| 104 | 165 | ﴿وَهُوَ الَّذِي جَعَلَكُمْ خَلَائِفَ الْأَرْضِ وَرَفَعَ بَعْضَكُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِيَبْلُوكُمْ فِي مَا آتَاكُمْ﴾ | الأنعام |
| 83 | 134 | ﴿وَلَمَّا وَقَعَ عَلَيْهِمُ الرِّجْزُ قَالُوا يَمْوَسَىٰ أَدْعُ لَنَا رَبَّكَ بِمَا عَهِدَ عِنْدَكَ لَئِن كَشَفْتَ عَنَّا الرِّجْزَ لَنُؤْمِنَنَّ لَكَ وَلَنُرْسِلَنَّ مَعَكَ بَنِي إِسْرَائِيلَ ﴿١٣٤﴾﴾ | الأعراف |
| 347 | 189 | ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا﴾ | الأنعام |
| 170 | 66 | ﴿وَقَضَيْنَا إِلَيْهِ ذَلِكَ الْأَمْرَ أَنَّ دَابِرَ هَٰؤُلَاءِ مَقْطُوعٌ مُّصْبِحِينَ ﴿٦٦﴾﴾ | الحج |
| 97 | 09 | ﴿وَعَلَى اللَّهِ فَصْدُ السَّبِيلِ﴾ | النحل |
| 169 | 04 | ﴿وَقَضَيْنَا إِلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ﴾ | الإسراء |
| 408 | 13 | ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ | الإسراء |
| 169 | 23 | ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾ | الإسراء |
| 348 | 70 | ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا ﴿٧٠﴾﴾ | الإسراء |
| 169 | 72 | ﴿فَاقْضِ مَا أَنْتَ قَاضٍ إِنَّمَا تَقْضِي هَذِهِ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا ﴿٧٢﴾﴾ | طه |
| 169 | 114 | ﴿وَلَا تَعْجَلْ بِالْقُرْآنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يُقْضَىٰ إِلَيْكَ وَحْيُهُ﴾ | طه |
| 66 | 79 | ﴿فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا﴾ | الأنبياء |
| 56 | 06 | ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ﴾ | الحج |
| 56 | 78 | ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ | الحج |
| 389 | 12 | ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ ﴿١٢﴾﴾ | المؤمنون |
| 385 | 14 | ﴿ثُمَّ خَلَقْنَا النَّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظْلًا فَكَسَوْنَا الْعِظْلَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ ﴿١٤﴾﴾ | المؤمنون |
| 371-369 | 06 | ﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ﴾ | النور |

| | | | |
|---------|-----|--|----------|
| 83 | 82 | ﴿وَإِذَا وَقَعَ الْقَوْلُ عَلَيْهِمْ أَخْرَجْنَا لَهُمْ دَابَّةً مِّنَ الْأَرْضِ تُكَلِّمُهُمْ أَنَّ النَّاسَ كَانُوا بِآيَاتِنَا لَا يُوقِنُونَ ﴿٨٢﴾﴾ | النمل |
| 263 | 21 | ﴿وَمِنَ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾﴾ | الروم |
| 97 | 19 | ﴿وَأَقْصِدْ فِي مَشْيِكَ﴾ | لقمان |
| 384 | 04 | ﴿ثُمَّ سَوَّاهُ وَنَفَخَ فِيهِ مِن رُّوحِهِ﴾ | لسجدة |
| 370-265 | 36 | ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُّبِينًا ﴿٣٦﴾﴾ | الأحزاب |
| 121 | 18 | ﴿الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ﴾ | الزمر |
| 121 | 55 | ﴿وَاتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ﴾ | الزمر |
| 169 | 12 | ﴿فَقَضَلَهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ﴾ | فصلت |
| 169 | 14 | ﴿وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِنْ رَبِّكَ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى لَفُضِّى بَيْنَهُمْ﴾ | لشورى |
| 101 | 56 | ﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ ﴿٥٦﴾﴾ | الذاريات |
| 13 | 80 | ﴿تَنْزِيلٌ مِّن رَّبِّ الْعَالَمِينَ ﴿٨٠﴾﴾ | الواقعة |
| 28 | 3-1 | ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ ﴿١﴾ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِّنْ نِّسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِنْ أُمَّهُتُهُمْ إِلَّا اللَّاتِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُؤٌ غَفُورٌ ﴿٢﴾ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا ذَلِكَُمْ تُوَعِّظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴿٣﴾﴾ | المجادلة |
| 120 | 12 | ﴿وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ﴾ | التغابن |

| | | | |
|---------------------|-------|---|----------|
| -277-275 282-278 | 10 | ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مَهْجِرَاتٍ فَاْمْتَحِنُوهُنَّ ۗ اللَّهُ اَعْلَمُ بِاِيْمَنِهِنَّ ۗ فَاِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ اِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَاَتَوْهُم مَّا اَنْفَقُوْا وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ اَنْ تَنْكِحُوهُنَّ اِذَا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ اُجُوْرَهُنَّ وَلَا تُمْسِكُوْا بِعِصْمِ الْكُوٰفِرِ وَسَلُوْا مَّا اَنْفَقْتُمْ وَلَيْسَلُوْا مَّا اَنْفَقُوْا ذٰلِكُمْ حُكْمُ اللّٰهِ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ ۗ وَاللّٰهُ عَلِيْمٌ حَكِيْمٌ ﴿١٠﴾﴾ | الممتحنة |
| -296-31 329 | 01 | ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ اِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَاَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾ | الطلاق |
| 263 | 06 | ﴿اَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوْا عَلَيِهِنَّ﴾ | الطلاق |
| 120 | 36 | ﴿اَيْحَسِبُ الْاِنْسَانُ اَنْ يُتْرَكَ سُدًى ﴿٣٦﴾﴾ | القيامة |
| 382 | 02 | ﴿اِنَّا خَلَقْنَا الْاِنْسَانَ مِنْ نُّطْفَةٍ اَمْسَاجٍ نَّبْتَلِيْهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيْعًا بَصِيْرًا ﴿٢﴾﴾ | الإنسان |
| 390 | 09-08 | ﴿وَاِذَا الْمَوْءُودَةُ سُئِلَتْ ﴿٨﴾ بِاَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ ﴿٩﴾﴾ | التكوير |
| 384 | 07 | ﴿الَّذِي خَلَقَكَ فَسَوَّاكَ فَعَدَلَكَ ﴿٧﴾﴾ | الانفطار |

مسرد الأحاديث والآثار

| الرقم | الحديث أو الأثر | الصفحة |
|-------|--|--------|
| 01 | «أتيت رسول الله ﷺ فقلت: مرني بأمر آخذه عنك، قال: «عليك بالصوم، فإنه لا مثل له» | 53 |
| 02 | «أحق الشروط أن توفوا به، ما استحللتم به الفروج» | 267 |
| 03 | «إذا تقاضى إليك، رجلان فلا تقضي للأول، حتى تسمع كلام الآخر، فسوف تدري كيف تقضي»، قال علي: «فما زلت قاضيا بعد» | 30 |
| 04 | «إذا سمعتم بالطاعون في أرض فلا تدخلوها، وإذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا منها» | 429 |
| 05 | «إذا مر بالنطفة ثنتان وأربعون ليلة، بعث الله إليها ملكا، فصورها وخلق سمعها وبصرها وجلدها ولحمها وعظامها ثم قال: يا رب أذكر أم أنثى، فيقضي ربك ما شاء، ويكتب الملك، ثم يقول يا رب أجله، فيقول ربك ما شاء ويكتب الملك، ثم يقول يا رب رزقه، فيقضي ربك ما شاء ويكتب الملك، ثم يخرج الملك بالصحيفة في يده، فلا يزيد على أمر ولا ينقص» | 384 |
| 06 | «أردت السفر إلى خير فأتيت النبي ﷺ فقلت: إني أريد الخروج إلى خير، فقال: إذا أتيت وكيلي، فخذ منه خمسة عشر وسقا، فإذا طلب منك آية فضع يدك على رقوته» | 367 |
| 07 | «اجتنبوا السبع الموبقات، قالوا: يا رسول الله وما هن؟ قال: الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات المؤمنات» | 390 |
| 08 | «استفتى ابن عباس <small>رضي الله عنهما</small> في مملوك، كانت تحته مملوكة، فطلقها تطليقتين، ثم عتقا بعد ذلك، هل يصلح له أن بخطبها؟ قال: نعم، قضى بذلك رسول الله ﷺ» | 32 |

| | | |
|---------|--|----|
| 382 | «أسلمت امرأة على عهد رسول الله ﷺ، فتزوجت، فجاء زوجها الأول إلى النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله، إني قد أسلمت وعلمت إسلامي» | 09 |
| 283 | «أسلمت امرأة من أهل الحيرة، ولم يسلم زوجها، فكتب فيها عمر بن الخطاب: أن خيروها، فإن شاءت فارقت، وإن شاءت قررت عنده» | 10 |
| 339 | «اصطنع خاتما من ذهب...» | 11 |
| 53 | «أكمل المؤمنين إيمانا أحسنهم، وخياركم خياركم لنسائهم» | 12 |
| 416 | «إلحقي بأهلك» | 13 |
| 280 | «إما أن تسلم، وإما أن انزعها منك؟ فأبي أن يسلم، فنزعها منه عمر» | 14 |
| 275 | «أن النبي ﷺ رد بنته على أبي العاص بمهر جديد ونكاح جديد» | 15 |
| 310 | «إن أبي مات وترك مالا ولم يوص، فهل يكفر عنه أن أتصدق عنه؟ قال ﷺ: نعم» | 16 |
| 383 | «إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوما، ثم يكون علقه مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يبعث الله ملكا فيؤمر بأربع كلمات، ثم ينفخ فيه الروح» | 17 |
| 384-383 | «إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوما، ثم يكون في ذلك علقه مثل ذلك، ثم يكون في ذلك مضغة مثل ذلك، ثم يرسل الملك فينفخ فيه الروح، ويؤمر بأربع كلمات؛ يكتب رزقه، وأجله، وعمله، وشقي أو سعيد» | 18 |
| 308 | «إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث» | 19 |
| 310 | «إن الله قد قسم بينكم فأحسن القسم، وإنه من يرغب برأيه عن رأي الله يضلّه، أوص لذي قرابتك ممن لا يرثك، ثم دع المال على ما قسمه الله عليه» | 20 |
| 100 | «إن الله وضع عن أمي الخطأ والنسيان، وما استكروها عليه» | 21 |
| 346 | «أن النكاح في الجاهلية كان على أربعة أنحاء: فنكاح منها نكاح الناس اليوم: يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو ابنته، فيصدقها ثم ينكحها، ونكاح آخر: كان | 22 |

| | | |
|-----|--|----|
| | الرجل يقول لامرأته إذا ظهرت من طمثها: أرسلني إلى فلان فاستبضعي منه، ويعتزلها زوجها ولا يمسها أبدا، حتى يتبين حملها من ذلك الرجل الذي تستبضع منه، فإذا تبين حملها أصابها زوجها إذا أحب، وإنما يفعل ذلك رغبة في نجابة الولد، فكان هذا النكاح نكاح الاستبضاع» | |
| 310 | «إن أمي افتلتت نفسها، وأراها لو تكلمت تصدقت، فأصدق عنها يا رسول الله؟ فقال رسول الله ﷺ: نعم تصدق عنها» | 23 |
| 275 | «أن جدّ وجدّة يزيد بن علقمة كانا نصرانيين، فأسلمت جدّته، ففرق عمر <small>رضي الله عنه</small> بينهما» | 24 |
| 34 | «أن حذيفة بن اليمان تزوج بيهودية، فكتب إليه عمر <small>رضي الله عنه</small> أن يفارقها، فكتب إليه حذيفة: "أحرام هي؟"، قال: لا، ولكن أخاف أن تعاطوا المومسات منهن» | 25 |
| 88 | «أن حذيفة بن اليمان تزوج يهودية بأرض المدائن، فكتب إليه عمر، أن تطلقها فكتب إليه: لم؟ أحرام هي؟ فكتب إليه عمر: لا، ولكن خفت أن تعاطوا المومسات منهن» | 26 |
| 310 | «أن رسول الله ﷺ أعتق عن امرأة ماتت ولم توص وليدة، وتصدق عنها بمتاع» | 27 |
| 277 | «أن رسول الله ﷺ يوم حنين بعث جيشا إلى أوطاس، فلقوا عدوا فقاتلوهم فظهروا عليهم، وأصابوا لهم سبايا، فكأن ناسا من أصحاب رسول الله ﷺ تخرجوا من غشيانهم من أجل أزواجهن من المشركين فأنزل الله عزوجل في ذلك: "وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ" ، أي فهن لكم حلال إذا انقضت عدتهن» | 28 |
| 310 | «أن عبد الرحمان بن أبي بكر <small>رضي الله عنه</small> مات في منام له، فأعتقت عنه عائشة أم المؤمنين <small>رضي الله عنها</small> تلادا من تلاده» | 29 |
| 64 | «إن لبنيك من الحق أن تعدل بينهم» | 30 |
| 54 | «أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا، وأشار بالسبابة والوسطى، وفرج بينهما شيئا» | 31 |
| 101 | «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى» | 32 |

| | | |
|-----|---|----|
| 56 | «إنما بعثتم ميسرين ولم تبعثوا معسرين» | 33 |
| 267 | «أنه ﷺ كان إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه، فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه، وكان يقسم لكل امرأة منهن يوماً وليلتها، غير أن سودة بنت زمعة <small>رضي الله عنها</small> وهبت يوماً لعائشة <small>رضي الله عنها</small> تبتغي بذلك رضا رسول الله ﷺ» | 34 |
| 369 | «أنه لآعن بين رجل وامرأته، فانتفى من ولدها، ففرق بينهما وألحق الولد بالمرأة» | 35 |
| 34 | «إني أخشى أن تدعو المسلمات، وتكحوا المومسات» | 36 |
| 81 | «إني لا أزعم أنها حرام، ولكن أخشى أن تدعو المسلمات، وتكحوا المومسات» | 37 |
| 53 | «أي الإسلام خير؟ قال: «تطعم الطعام، وتقرأ السلام على من عرفت ومن لم تعرف» | 38 |
| 52 | «أي الأعمال أفضل؟ قال: «إيمان بالله ورسوله»، قيل ثم ماذا؟ قال: «جهاد في سبيل الله»، قيل ثم ماذا؟ قال: «حج مبرور» | 39 |
| 53 | «أي المسلمين خير؟ قال: «من سلم الناس من لسانه ويده» | 40 |
| 34 | «أي امرأة نكحت في عدتها، فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما، ثم اعتدت ببقية عدتها من زوجها الأول، ثم كان الآخر خاطباً من الخطاب، وإن كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت ببقية عدتها من زوجها الأول ثم اعتدت من الآخر، ثم لا يجتمعان أبداً» | 41 |
| 125 | «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحلت من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له» | 42 |
| 125 | «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحلت من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له» | 43 |

| | | |
|-----|---|----|
| 415 | «أبما رجل تزوج امرأة وبها جنون، أو جذام، أو برص، فمسها، فلها صداقتها كاملا، وذلك لزوجها غرم على وليها» | 44 |
| 126 | «الخلاف شر» | 45 |
| 66 | «الفهم الفهم فيما أدلي إليك، مما ورد عليك مما ليس في قرآن ولا سنة» | 46 |
| 74 | «الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك، مما لم يبلغك في الكتاب والسنة. اعرف الأمثال والأشباه، ثم قس الأمور عندك، فاعمد إلى أحبها إلى الله، وأشبهها بالحق فيما ترى» | 47 |
| 130 | «اللهم فقه في الدين» | 48 |
| 281 | «بعد ست سنين» | 49 |
| 281 | «بعد سنتين» | 50 |
| 428 | «تخيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء» | 51 |
| 31 | «خذ بعض مالها وفارقها. فقال: ويصلح ذلك يا رسول الله؟، قال: نعم، قال: فإني أصدقها حديقتين وهما بيدها، فقال ﷺ: خذها وفارقها، ففعل» | 52 |
| 415 | «خذني عليك ثيابك، ولم يأخذ مما آتاها شيئا» | 53 |
| 54 | «خيركم من تعلم القرآن وعلمه» | 54 |
| 281 | «رد رسول الله ﷺ زينب ابنته على زوجها أبي العاص بن الربيع بالنكاح الاول، ولم يحدث شيئا» | 55 |
| 52 | «سألت رسول الله ﷺ، أي الأعمال أفضل قال: «الصلاة لوقتها»، قال: قلت ثم أي؟ قال: «بر الوالدين»، قال: قلت ثم أي؟ قال ﷺ: «الجهاد في سبيل الله»، فما تركت أستزيده إلا إرعاء عليه» | 56 |
| 53 | «سئل رسول الله ﷺ أي الدعاء أفضل؟ قال: «دعاء المرء لنفسه» | 57 |
| 67 | «شنشنة أعرفها من أخزم» | 58 |

| | | |
|--------|---|----|
| 390 | «شهدت النبي ﷺ قضى فيه بغرة عبد أو أمة، فقال عمر <small>رضي الله عنه</small> : ائتني بمن يشهد معك، فشهد محمد بن مسيلمة <small>رضي الله عنه</small> » | 59 |
| 126 | «صليت مع رسول الله ﷺ بمنى ركعتين، وصليت مع أبي بكر <small>رضي الله عنه</small> بمنى ركعتين، وصليت مع عمر بن الخطاب <small>رضي الله عنه</small> بمنى ركعتين، ثم تفرقت بكم الطرق، فليت حظي من أربع ركعات ركعتان متقبلتان» | 60 |
| 30 | «علمهم الشرائع، واقتض بينهم» فقال علي: «لا علم لي بالقضاء»، فدفغ في صدره وقال: «اللهم اهده للقضاء» | 61 |
| 67 | «غص يا غواص» | 62 |
| 67 | «فإن أتاك ما ليس في كتاب الله، ولم يسنه رسول الله ﷺ، فاقض بما أجمع عليه الناس» | 63 |
| 417 | «فر من الجذوم فرارك من الأسد» | 64 |
| 276 | «فرّق بينهما» | 65 |
| 390 | «فقضى رسول الله ﷺ بشأن ميراثها لبنيتها وزوجها، وأن العقل على عصبتها» | 66 |
| 79 | «قد بين الله <small>عز وجل</small> الطلاق، فمن طلق كما أمره الله فقد بُيّن له، ومن لبس على نفسه به، جعلنا به لبسه، والله لا تلبسون على أنفسكم نتحملة عنكم، هو كما تقولون» | 67 |
| 276 | «قد فرق الإسلام بينهما» | 68 |
| 390-32 | «قضى رسول الله ﷺ - في جنين امرأة من بني لحيان سقط ميتا بغرة عبد عبد أو أمة، ثم إن المرأة التي قضى لها بالغرة توفيت، فقضى رسول الله ﷺ بأن ميراثها لبنيتها وزوجها، وأن العقل على عصبتها» | 69 |
| 3479 | «كان الطلاق في عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر <small>رضي الله عنه</small> وستين من خلافة عمر <small>رضي الله عنه</small> طلاق الثلاث واحد، فقال عمر بن الخطاب: "إن الناس قد استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيها عليهم، فأمضاه عليهم» | 70 |

| | | |
|-----|--|----|
| 283 | «كان المشركون على منزلتين من النبي ﷺ والمؤمنين: كانوا مشركي أهل حرب، يقاتلهم ويقاتلونهم، ومشركي أهل عهد، لا يقاتلهم ولا يقاتلونهم، وكان إذا هاجرت امرأة من أهل الحرب لم تخطب حتى تحيض وتطهر، فإذا طهرت حل لها النكاح، فإن هاجر زوجها قبل أن تنكح ردت إليه، وإن هاجر عبد منهم أو أمة فهما حران، ولهما ما للمهاجرين» | 72 |
| 280 | «كان رجلا منا من بني تغلب نصراني، تحته امرأة نصرانية فأسلمت، فرفعت أمرها إلى عمر فقال له: "أسلم وإلا فرقت بينكما"، فقال له: "لم أدع هذا إلا استحياء من العرب أن يقولوا انه اسلم على بضع امرأة"، قال ففرق عمر <small>خليفة عنه</small> بينهما» | 73 |
| 445 | «كنا نغزو مع النبي ﷺ، ليس لنا نساء فقلنا يا رسول الله ألا نستخصي، فنهانا عن ذلك» | 74 |
| 284 | «كنت أنا وأمي من المستضعفين، أنا من الولدان، وأمي من النساء» | 75 |
| 31 | «كيف تقضي إن عرض لك قضاء؟»، قال: «أقضي بكتاب الله» قال: «فإن لم يكن في كتاب الله؟»، قال: «فبسنة رسول الله»، قال: «فإن لم يكن في سنة رسول الله»، قال: «أجتهد رأيي، ولا آلو»، قال فضرب صدره فقال: «الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله ﷺ لما يرضي رسوله» | 76 |
| 416 | «لا ترد الحرّة بعب» | 77 |
| 138 | «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن» | 78 |
| 92 | «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن»، قالوا يا رسول الله وكيف اذنها، قال: «أن تسكت» | 79 |
| 30 | «لا جهد إلا في اثنتين: رجل أتاه الله مالا فسلطه على هلكته في الحق، ورجل أتاه الله الحكمة، فهو يقضي بها ويعلمها» | 81 |
| 124 | «لا شغار في الإسلام» | 82 |
| 275 | «لا يعلو النصراني المسلمة، يفرق بينهما» | 83 |

| | | |
|---------|---|----|
| 81 | «لا، ولكنك سيد المسلمين، ففارقها» | 84 |
| 445 | «لعن الله الواشمات، والمتنمصات، والمتفلجات للحسن، المغيرات خلق الله .. « | 85 |
| 281 | «لم يحدث صداقا» | 86 |
| 281 | «لم يحدث نكاحا» | 87 |
| 369 | «لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن» | 88 |
| 53 | «ما أعطي أحد عطاء خيرا وأوسع من الصبر» | 89 |
| 264 | «ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مئة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق..» | 90 |
| 310-142 | «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة» | 91 |
| 121 | «ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن» | 92 |
| 51 | «ما لك لا تنفذ الأمور؟ فو الله ما أبالي لو أن القدور غلت بي وبك في الحق". قال له عمر: "لا تعجل يا بني، فإن الله ذم الخمر في القرآن مرتين، وحرمها في الثالثة، وإني أخاف أن أحمل الحق على الناس جملة، فيدفعوه جملة، ويكون من ذا فتنة» | 93 |
| 310 | «ما مرت علي ليلة منذ سمعت رسول الله ﷺ قال ذلك، إلا وعندي وصيتي» | 94 |
| 31 | «ما يغني عني، إلا كما تغني هذه الشعرة -لشعرة أخذتها من رأسها- ففرق بيني وبينه، فأخذت النبي ﷺ حمية، فدعا بركانة وإخوته، ثم قال لجلسائه: أترون فلانا شبه منه كذا وكذا من عبد يزيد، وفلانا منه كذا وكذا، قالوا: نعم، فقال النبي ﷺ لعبد يزيد: «طلقها»، ففعل قالوا: «راجع امرأتك أم ركانة» فقال: «إني طلقتها ثلاثا يا رسول الله»، قال: «قد علمت، راجعها» | 95 |

| | | |
|-----------|--|-----|
| 265 | «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد» | 96 |
| 276 | «نساء أهل الكتاب لنا حل، ونساؤنا عليهم حرام» | 97 |
| 30 | «نعم، إنك إن أصبت فلك عشر أجور، وإن اجتهدت فأخطأت فلك أجر» | 98 |
| 277 | «هو أحق بما ما لم يخرجها من مصرها» | 99 |
| 279 | «هو أحق بما، ما لم تخرج من مصرها» | 100 |
| 279 | «هو أملك ببضعها ما دام في دار الهجرة» | 101 |
| 125-92-32 | «هو لك يا عبد بن زمعة» ثم قال النبي ﷺ: «الولد للفراس وللعاهر الحجر»، ثم قال لسودة بنت زمعة: «احتجبي منه»، لما رأى شبهه بعتبة، فما رآها حتى لقي الله» | 103 |
| 431 | «وإنما الطاعة في المعروف» | 104 |
| 264 | «ولهن عليكم رزقهن، وكسوتهن بالمعروف» | 105 |
| 54 | «ويحك يا ثعلبة، قليل تؤدي شكره خير من كثير لا تطيقه» | 106 |
| 54 | «يَا أَبَا ذَرٍّ، إِنِّي أَرَاكَ ضَعِيفًا، وَإِنِّي أُحِبُّ لَكَ مَا أُحِبُّ لِنَفْسِي، لَا تَأْمُرَنَّ عَلَيَّ أَثْنَيْنِ، وَلَا تَوَلَّيَنَّ مَالَ يَتِيمٍ» | 107 |
| 310 | «يا رسول الله إن أمي توفيت ولم توص، أفأوصي عنها؟ قال: نعم» | 108 |
| 65 | «يا رسول الله تبعثني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء، فقال: إن الله سيهدي قلبك، ويسدد لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان، فلا تقضي حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء»، «فما زلت قاضيا أو ما تشككت في قضاء بعد» | 109 |
| 125 | «يا رسول الله، ابن أخي كان قد عهد إلي فيه»، فقال عبد بن زمعة: «أخي، وابن وليدة أبي، ولد على فراشه»، فقال رسول الله ﷺ: «هو لك يا عبد بن زمعة»، ثم قال النبي ﷺ: «الولد للفراس وللعاهر الحجر»، ثم قال لسودة بنت | 110 |

| | | |
|-----|--|-----|
| | زمعة: «احتجني منه» | |
| 264 | يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، لا يعطيني ما يكفيني وولدي، إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فهل علي في ذلك من شيء؟! فقال لها النبي ﷺ: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» | 111 |
| 264 | «يطعمها إذا طعم، ويكسوها إذا كسي، ولا يهجرها إلا في البيت، ولا يضربها، ولا يقبح» | 112 |
| 276 | «يفرق بينهما» | 113 |

مسرد الاعلام

| | |
|---|---|
| 63، 77، 92، 138، 310، 390، 417، 429. | إبراهيم الحمود..... 298. |
| 98..... إحسان مير علي. | إبراهيم الدبو 295. |
| 37، 44، 90، أحمد بن حنبل | إبراهيم النخعي..... 280. |
| 417، 138. | 309. |
| 260..... أحمد التميمي | أبو أسامة <small>رحمته الله</small> 53. |
| 260، 347..... أحمد الحجي | أبو الحسن، مولى بن نافع..... 31. |
| 98..... أحمد الريسوني | أبو العاص بن الربيع <small>رحمته الله</small> 282، 281. |
| 327..... أحمد الغندور | أبو العباس القباب..... 126. |
| 372..... أحمد الكردي | أبو بكر الصديق <small>رحمته الله</small> 32، 33، 34، |
| 397..... أحمد عبد الرحيم السايح | 67، 75، 79، 80، 89، 126، 310. |
| 443..... أحمد محمد كيفان | أبو بكر الفراقي..... 388. |
| 341..... إدوردز | أبو بكر بن عبد الرحمان بن الحارث بن هشام..... 310. |
| 120..... أسامة بن زيد <small>رحمته الله</small> | أبو ثور..... 138، 275، 328. |
| 37، 307..... إسحق بن راهويه | أبو حنيفة النعمان 37، 38، 43، 45، |
| 6، 9، 21، 22..... الأسنوي | 122، 124، 163، 276. |
| 66..... أشهب | أبو داود..... 31. |
| 81، 262..... الألباني | أبو ذر <small>رحمته الله</small> 54. |
| 362..... إليك جيفريس | أبو زهرة..... 12، 16، 266، |
| 293..... أم حبيبة <small>رحمته الله</small> | 329. |
| 278..... أم حكيم بنت الحارث بن هشام | أبو سعيد الخدري <small>رحمته الله</small> 53، 277. |
| 31..... أم ركانة | أبو سفيان..... 28، 34، 293. |
| 30، 32..... أم سلمة <small>رحمته الله</small> | أبو عبيد..... 138. |
| 309..... الإمام نافع | أبو مجلز..... 308. |
| 6، 7، 9، 10، 22..... الأمدي | أبو موسى الأشعري <small>رحمته الله</small> 32، 66، 74، |
| 32، 54..... أنس بن مالك <small>رحمته الله</small> | 309، 327، 366. |
| 37، 138، 278..... الأوزاعي | أبو هريرة <small>رحمته الله</small> 32، 52، 53، |

| | |
|---|---|
| ابن رشد.....9، 43، 369 | أوس بن صامت <small>رحمته الله</small>28 |
| ابن سهل، عيسى.....43 | إياس.....142 |
| ابن شبرمة.....275، 279 | ابن أبي شيبه.....280 |
| ابن شهاب.....278، 279، 282 | ابن الأبياري.....118 |
| ابن عابدين.....90، 124، 383 | ابن الجوزي.....387 |
| ابن عاشور.....104، 105 | ابن الحاجب.....6، 7، 10 |
| ابن عباس <small>رحمته الله</small>31، 32، 35 | 136 |
| 64، 67، 77، 79، 130، 275، 276، 281، 282، 283، 284، 309 | ابن الحسن، محمد.....418، 416، 140 |
| ابن عقيل.....389 | ابن الحكم.....140 |
| ابن عمر.....32، 309، 310 | ابن الدهان.....22 |
| ابن فارس.....60 | ابن العربي.....6، 118، 136 |
| ابن قدامه المقدسي.....6، 7 | 389 |
| ابن مسعود <small>رحمته الله</small>32، 35، 36 | ابن القاسم.....119، 127، 279 |
| 52، 79، 121، 126، 383، 384، 385، 415، 416 | ابن القيم.....16، 64، 92 |
| ابن مفلح.....352 | 418، 137، 115 |
| ابن نجيم.....14، 124، 397 | ابن اللحام.....6، 9 |
| ابن هشام، أبو الوليد.....43 | ابن الهمام.....5، 9، 388 |
| ابن يونس.....66 | ابن أمير الحاج.....6، 7 |
| البخاري، عبد العزيز.....6، 7 | ابن باز.....266، 351، 427 |
| البخاري، محمد.....281، 383، 385 | 430، 429 |
| بدران أبو العينين بدران.....295، 329 | ابن بدران.....7 |
| البرزلي.....43 | ابن تيمية.....7، 23، 44 |
| بربر <small>رحمته الله</small>264 | 116، 119، 138، 280 |
| بشر بن مولود جحيش.....17 | ابن جبرين.....266 |
| بكر أبو زيد.....351، 353 | ابن جرير الطبري.....37، 81، 308 |
| بلخير عثمان.....16 | ابن حجر.....44، 282، 383 |
| البهائي.....10 | ابن حزم.....119، 275، 282 |
| | 308، 310، 311، 415 |
| | ابن رجب.....14 |

| | | | |
|-------------------|--|--------------------|---|
| 372..... | حسان تحتوت | 291..... | البهوتي |
| 37..... | الحسن البصري | 409، 405، 399..... | البوطي |
| 276، 275..... | الحكم بن عتيبة | 136، 9، 6..... | البيضاوي |
| 308، 280..... | حماد بن أبي سليمان | 275، 281..... | الترمذي |
| 275..... | حماد بن زيد | 22، 9، 7، 6..... | التفتازاني |
| 298..... | حمد الزرين | 39 | |
| 448، 443..... | حمداتي ماء العينين شبيهنا | 31..... | ثابت بن قيس بن شماس <small>رحمته الله</small> |
| 449..... | خالد الجميلي | 54..... | ثعلبة بن حاطب |
| 281..... | الخطابي | 138..... | الثوري |
| 352..... | خليل | 308..... | جابر بن زيد |
| 28..... | خولة بنت ثعلبة <small>رحمته الله</small> | 275، 32، 28..... | جابر بن عبد الله <small>رحمته الله</small> |
| 46..... | خير الدين التونسي | 367، 276 | |
| 282..... | الدرقطني | 404، 398، 349..... | جاد الحق علي جاد الحق |
| 340..... | دانيس بتروشي | 409 | |
| 92..... | داود <small>رحمته الله</small> | 263..... | جبر فضيلات |
| 37..... | داود الظاهري | 308، 277، 6..... | الحصاص |
| 389، 387..... | الدير | 293..... | جعفر بن محمد بن علي |
| 327، 323، 23..... | الديني | 448..... | جلال عبد السلام |
| 340..... | دولتي | 380..... | جمال أحمد الكيلاني |
| 13..... | الذوايدي قوميدي | 323..... | جميل فخري |
| 99، 9، 6..... | الرازي، فخر الدين | 17..... | جميلة تلوت |
| 43..... | الرازي، حافظ الدين | 341..... | جون براون |
| 263..... | الرامي | 7، 6..... | الجويني |
| 309..... | الربيع | 61..... | حاتم السامرائي |
| 34..... | رشيد الثقفي | 284..... | أم الفضل <small>رحمته الله</small> |
| 45..... | رشيد رضا | 404..... | الحبيب بن الخوجة |
| 46..... | رفاعة الطهطاوي | 31..... | حبيبة بنت سهل <small>رحمته الله</small> |
| 266..... | رفعت فوزي | 384..... | حذيفة بن أسيد <small>رحمته الله</small> |
| 381..... | رؤوف عبيد | 88، 81، 34..... | حذيفة بن اليمان <small>رحمته الله</small> |

| | |
|--|---|
| 267، 126 | الزبير <small>رحمته الله</small> 33..... |
| 446، 329..... | الزركشي 22، 14، 9، 6..... |
| 298..... | زكي الدين شعبان 329..... |
| 74، 14..... | زكي عثمان 298..... |
| 23، 15، 14، 12..... | الزهري 308، 280، 278..... |
| 84، 75، 68، 57، 55، 51، 42، 41، 26، 24 | زياد أحمد سلامة 353، 352..... |
| 107، 103، 101، 100، 99، 98، 90، 87، 86 | زيد بن ثابت <small>رحمته الله</small> 36، 35، 32..... |
| 123، 118، 115، 113، 112، 111، 110 | زينب بنت رسول الله ﷺ 282، 281..... |
| 40، 38، 37..... | الساعاتي 39..... |
| 278، 128، 123، 122، 120، 119، 116، 44 | السبكي 39، 14، 6..... |
| 114، 328 | 44 |
| 384..... | ستبتو 341..... |
| 67، 33..... | سحنون 66..... |
| 279، 277، 275..... | السدّي 309..... |
| 281، 46، 9، 6..... | سراج الدين، أبو محمد 43..... |
| 118، 9، 6..... | سعاد صالح 297..... |
| 39..... | سعد الدين الهلالي 380، 371..... |
| 448، 380..... | 409 |
| 278..... | سعد بن أبي وقاص <small>رحمته الله</small> 76، 32، 31..... |
| 414..... | 92، 125 |
| 308..... | سعيد بن المسيب 309، 279..... |
| 307، 275، 142..... | سعيد بن جبير 276، 275، 81..... |
| 308 | 328 |
| 33..... | سفيان الثوري 138، 37..... |
| 308..... | سفيان بن عيينة 279، 37..... |
| 34..... | سليمان <small>عليه السلام</small> 92..... |
| 22، 14..... | سليمان ابن يسار 34..... |
| 136..... | السمرقندي 397..... |
| 443..... | سودة بنت زمعة <small>رحمته الله</small> 125، 76، 32..... |

| | |
|--|--|
| عبد الكريم زيدان.....349، 329. | عارف علي عارف.....360. |
| عبد الله ابن يزيد الخطمي.....284. | عبادة بن النعمان التغلبي.....280. |
| عبد الله البسام.....405. | العباس بن عبد المطلب <small>رضي الله عنه</small>284. |
| عبد الله الجبوري.....263. | عبد الباري الزمزمي.....266. |
| عبد الله بن بيه.....448. | عبد الجليل شلبي.....443. |
| عبد الله بن جحش.....293. | عبد الجواد الصاوي.....384. |
| عبد الله بن عباس <small>رضي الله عنه</small>32، 35، 275، 283، 282. | عبد الحق حميش.....61. |
| عبد الله بن عمر <small>رضي الله عنه</small>32، 35، 36، 53. | عبد الحميد القضاة.....414. |
| عبد الله بن عمرو بن العاص <small>رضي الله عنه</small>32، 53. | عبد الحميد بن باديس.....46. |
| عبد الله بن مسعود <small>رضي الله عنه</small>32، 35، 36، 52، 79، 121، 126، 383، 384، 385، 415، 416، | عبد الرحمان النجار.....398. |
| عبد الله دراز.....12، 41، 42، 112. | عبد الرحمان بن أبي بكر <small>رضي الله عنه</small>310. |
| عبد الله محمد عبد الله.....446. | عبد الرحمن ابن سعيد.....33. |
| عبد المجيد الزنداني.....348. | عبد الرحمن السنوسي.....109. |
| عبد المجيد النجار.....39، 84. | عبد الرحمن الصابوني.....427، 327. |
| عبد الناصر أبو البصل.....329. | عبد الرحمن النفيسة.....427. |
| عبد الوهاب خلاف.....327. | عبد الرزاق الصنعاني.....277. |
| عبد بن زمعة.....31، 32، 75، 92، 125. | عبد الرزاق وورقية.....17. |
| عبد يزيد.....31. | عبد الرشيد قاسم.....427، 364. |
| عتبة بن أبي وقاص.....31، 76، 125. | عبد الستار أبو غدة.....372. |
| عثمان بن عفان <small>رضي الله عنه</small>32، 33، 54. | عبد الستار فتح الله سعيد.....364. |
| عجل جاسم النشمي.....263. | عبد السلام العبادي.....443، 450. |
| عدي بن عدي.....275. | عبد الصبور شاهين.....294، 297. |
| عروة بن الزبير.....36، 346. | عبد العزيز آل الشيخ.....266. |
| عطاء بن رياح.....127. | عبد العزيز الخياط.....353. |
| عطية صقر.....266، 447. | عبد العزيز المسند.....263. |
| | عبد العظيم المطغي.....294. |
| | عبد الفتاح إدريس.....405، 410. |
| | عبد القدم زلوم.....443. |
| | عبد القدم يوسف.....447. |

| | |
|--|--|
| 298..... فرحات المنجي | 267..... عقبة بن عامر <small>رحمته الله</small> |
| .109، 15..... فريد الأنصاري | 309، 276..... عكرمة |
| .16..... فريد شكري | 278..... عكرمة بن أبي جهل <small>رحمته الله</small> |
| ،360، 298، 266..... فريد واصل | 446..... علي التسخيري |
| .427، 349، 431، 400، 398، 371 | 405..... علي الصوا |
| .261..... فهد الغنيم | 422، 372..... علي القره داغي، محي الدين |
| .135..... القاري، أحمد | 404..... علي المحمدي |
| .310، 36..... القاسم بن محمد بن أبي بكر | علي بن أبي طالب <small>رحمته الله</small> 279، 32، 30، |
| .383..... القاضي عياض | 328 |
| .93..... القاضي مشحم | 291..... عlish |
| .43..... القاضي خان | عمر بن الخطاب <small>رحمته الله</small> 34، 32، |
| ،308، 275، 142..... عقادة | 81، 280، 275، 141، 126، 89، 87، 79، 74 |
| .309 | 418، 285، 284 |
| .47..... قدرى باشا | 298..... عمر الخولي |
| ،66، 38، 22، 6..... القراني | 269، 268..... عمر بن سعود العيد |
| ،115، 114، 113، 110، 96 | 275، 51، 35..... عمر بن عبد العزيز |
| .383، 115..... القرطبي، شمس الدين | 276 |
| .12..... قطب مصطفى سانو | 295..... عمر سليمان الأشقر |
| .70، 69..... القماحي | 405..... عمر غانم |
| .388..... الكرابيسي | 293..... عمرو بن أمية الضموي <small>رحمته الله</small> |
| .443..... كمال الدين بكرو | 282، 281، 275..... عمرو بن شعيب |
| .388، 9..... كمال الدين بن الهمام | 30..... عمرو بن العاص <small>رحمته الله</small> |
| .352..... كورن بريلي | 298..... عوض القرني |
| .340..... لا زرد | 298..... عياض السلمي |
| .388..... اللخمي | 410، 408..... الغامدية <small>رحمته الله</small> |
| .278، 37..... الليث بن سعد | الغزالي، أبو حامد..... 6، 7، 8، 9، |
| .341..... ليزلي براون | 10، 21، 39، 41، 74، 387، 388 |
| .288..... مارتن كوبر | 327، 323، 32..... فتحي الدريني |
| .410..... ماعز <small>رحمته الله</small> | 307، 141..... فرج السنهوري |

| | | | |
|--------------------|--|--|---|
| 46..... | محمد عبده..... | 68، 43، 37..... | مالك بن أنس |
| 405..... | محمد عثمان شبير..... | 417، 325، 309، 278، 128، 124، 119، 114 | |
| 295..... | محمد عقلة..... | 309، 276..... | مجاهد |
| 268..... | محمد فالخ مطلق..... | 329، 16، 12..... | محمد أبو زهرة..... |
| 266..... | محمد فركوس..... | 397..... | محمد أبو ليلة..... |
| 450..... | محمد مختار السلامي..... | 443..... | محمد أحمد جمال..... |
| 443..... | محمد مختار الشنقيطي..... | 46..... | محمد إقبال..... |
| 449، 443..... | محمد نعيم ياسين..... | 443، 368..... | محمد الأشقر..... |
| 329..... | محمود السرطاوي..... | 400..... | محمد البار..... |
| 398، 349..... | محمود شلتوت..... | 69، 61..... | محمد الجيزاني..... |
| 22، 9، 6..... | المرداوي..... | 431، 327، 263..... | محمد الزحيلي..... |
| 34..... | مروان بن محمد..... | 427، 327، 323..... | محمد القضاة..... |
| 142، 137، 33..... | مسروق بن الأجدع الحمداني..... | 443، 370..... | محمد المختار السلامي..... |
| 309، 308..... | | 427..... | محمد بشير..... |
| 60..... | مسفر القحطاني..... | 418، 417..... | محمد بن الحسن..... |
| 385..... | مسم..... | 268..... | محمد بن صالح العثيمين..... |
| 349..... | مصطفى أحمد الزرقا..... | 390..... | محمد بن مسيلمة <small>رحمته الله عليه</small> |
| 327..... | مصطفى السباعي..... | 10..... | محمد تقي الحكيم..... |
| 279..... | مطرف بن طريف..... | 430، 409..... | محمد رأفت عثمان..... |
| 32، 5..... | معاذ <small>رحمته الله عليه</small> | 450..... | محمد سالم بن عبد الودود..... |
| 34..... | معاوية بن أبي سفيان <small>رحمته الله عليه</small> | 380..... | محمد سلام مذكور..... |
| 390..... | المغيرة بن شعبة <small>رحمته الله عليه</small> | 449، 446..... | محمد سليمان الأشقر..... |
| 410، 294..... | منيع عبد الحليم محمود..... | 443، 410، 409..... | محمد سيد طنطاوي..... |
| 184، 147..... | مونسكيو..... | 449..... | |
| 10..... | الميرزا القمي..... | 381..... | محمد صبحي نجم..... |
| 431..... | ناصر بن عبد الله الميمان..... | 443..... | محمد طيب النجار..... |
| 293..... | النحاشي..... | 430..... | محمد عبد الستار الشريف..... |
| 349، 298، 266..... | نصر فريد واصل..... | 450..... | محمد عبد الغفار الشريف..... |
| 431، 409، 360..... | | 450..... | محمد عبد اللطيف الفرفور..... |

| | |
|--------------------|--------------------------------------|
| 64..... | النعمان بن بشير <small>رحمته</small> |
| 98..... | نور الدين الخادمي |
| 329..... | نور الدين عتر |
| 369، 44..... | النووي |
| 443..... | هاشم جميل |
| 264، 28..... | هند بنت عتبة <small>رحمها</small> |
| 146، 144..... | هوبر |
| 363..... | هيجل |
| 60، 16..... | وسيلة خلفي |
| 33..... | وكيع |
| 43..... | الولواجي، أبو الفتح |
| 109..... | وليد بن علي الحسين |
| 43..... | الونشريسي |
| 327، 263، 137..... | وهبة الزحيلي |
| 349..... | |
| 278، 37..... | الأوزاعي |
| 280، 275..... | يزيد بن علقمة |
| 298..... | يوسف الأحمد |
| 410..... | يوسف البديري |
| 398، 136، 131..... | يوسف القرضاوي |
| 443، 409، 404..... | |
| 448..... | يوسف بن عبد الله الأحمد |

مسرد المصادر والمراجع:

أولاً- القرآن الكريم

ثانياً- الحديث النبوي:

- 1- أبو داود: سنن أبي داود، المكتبة العصرية، لبنان، د.ط، د.ت.
- 2- أحمد: المسند، ت. شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط 1، 2001م.
- 3- الألباني: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، لبنان، ط 2، 1985م.
- 4- الأمير، محمد بن إسماعيل: التنوير شرح الجامع الصغير، مكتبة دار السلام، السعودية، ط 1، 1432هـ.
- 5- ابن أبي شيبة: المصنف، مكتبة الرشد، السعودية، ط 1، 1409هـ.
- 6- ابن أنس، مالك: الموطأ، مؤسسة الرسالة، لبنان، د.ط، 1412هـ.
- 7- ابن بلبان، علي: الإحسان بتقريب صحيح ابن حبان، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط 1، 1998م.
- 8- ابن حجر: فتح الباري، دار المعرفة، لبنان، د.ط، 1379هـ.
- 9- ابن راهويه، إسحاق: مسند إسحاق بن راهويه، مكتبة الإيمان، السعودية، ط 1، 1991م.
- 10- ابن كثير: مسند الفاروق، دار الوفاء، مصر، ط 1، 1991م.
- 11- ابن ماجه: السنن، دار الرسالة العالمية، لبنان، ط 1، 2009م.
- 12- ابن منصور، سعيد: سنن سعيد بن منصور، الدار السلفية، الهند، ط 1، 1982م.
- 13- البخاري: الجامع الصحيح، ت. محمد زهير بن ناصر، دار طوق النجاة، السعودية، ط 1، 1422 هـ.
- 14- البيهقي: السنن الكبرى، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 3، 2003م.
- 15- البيهقي: السنن الصغير، جامعة الدراسات الإسلامية، باكستان، ط 1، 1989م.
- 16- الترمذي: سنن الترمذي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط 2، 1975م.
- 17- الترمذي، الجامع الصحيح، إعداد هشام سمير البخاري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط، 1995.
- 18- الحاكم: المستدرک علی الصحیحین، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ط، د.ت.
- 19- الدار قطني: سنن الدار قطني، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط 1، 2004م.
- 20- الدارمي: سنن الدارمي، دار المغني للنشر والتوزيع، السعودية، ط 1، 2000م.
- 21- الشوكاني، محمد: السيل الجرار، دار ابن حزم، لبنان، ط 1، د.ت.
- 22- الشوكاني، محمد: نيل الأوطار، دار الحديث، مصر، ط 1، 1993م.

- 23- الصنعاني : سبل السلام، دار الحديث، السعودية، د.ط، د.ت.
- 24- الصنعاني، عبد الرزاق: مصنف عبد الرزاق الصنعاني، المكتب الإسلامي، لبنان، ط2، 1403هـ
- 25- الطبراني: المعجم الأوسط، دار الحرمين، مصر، د.ط، د.ت.
- 26- الطبراني: المعجم الكبير، مكتبة ابن تيمية، مصر، ط2، 1994م.
- 27- الطحاوي: شرح معاني الآثار، عالم الكتب، لبنان، ط1، 1994م.
- 28- العظيم أبادي: عون المعبود، دار الكتب العلمية، لبنان، ط2، 1415هـ.
- 29- القاري، علي: مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، دار الفكر، لبنان، ط1، 2002م.
- 30- المباركفوري: تحفة الاحوذى، دار الكتب العلمية، لبنان، د.ط، د.ت.
- 31- مسلم: صحيح مسلم، ت. محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د.ط، د.ت.
- 32- الموصللي، أبو يعلى: مسند أبي يعلى، دار المأمون للتراث، سوريا، ط1، 1984م.
- 33- النسائي: السنن الكبرى، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط1، 2001م.
- 34- النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ط2، 1392هـ.

ثالثا - تفسير القرآن الكريم وعلومه

- 35- أبو زهرة، محمد: زهرة التفاسير، دار الفكر العربي، سوريا، د.ط، د.ت.
- 36- الأصفهاني، الراغب: تفسير الراغب الأصفهاني، كلية الآداب - جامعة طنطا، مصر، ط1، 1999م.
- 37- ابن تيمية: درء تعارض العقل والنقل، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، ط2، 1991م.
- 38- ابن تيمية: منهاج السنة النبوية، جامعة الإمام محمد بن سعود، السعودية ط1، 1986م.
- 39- ابن العربي: الناسخ والمنسوخ، تحقيق عبد الكبير المدعوي، مكتبة الثقافة الدينية، مصر، ت.ط، 2006م.
- 40- البغوي: معالم التنزيل، دار طيبة للنشر والتوزيع، السعودية، ط4، 1994م.
- 41- الثعالبي: الجواهر الحسان في تفسير القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1418هـ.
- 42- الجصاص: أحكام القرآن، مركز البحوث الإسلامية التابع لوقف الديانة التركي، تركيا، ط1، 1993م.
- 43- الرازي: تفسير الرازي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط3، 1420هـ.
- 44- الزجاج: معاني القرآن وإعرابه، عالم الكتب، لبنان، ط1، 1988م.

- 45- الشافعي: تفسير الإمام الشافعي، دار التدمرية، السعودية، ط 1، 2006م.
- 46- الطبري، ابن جرير: جامع البيان في تأويل القرآن، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط 1، 1420 هـ.
- 47- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية، مصر ط 2، 1964م.
- 48- الماتردي: تأويلات أهل السنة، دار الكتب العلمية، لبنان، د.ط، د.ت.
- 49- النحاس، أبو جعفر: إعراب القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1421 هـ.
- 50- النسفي: مدارك التنزيل، دار الكلم الطيب، بيروت، ط 1، 1998م.
- 51- الهروي، بن سلام: الناسخ والمنسوخ في القرآن، مكتبة الرشد، السعودية، ط 2، 1997م.

رابعاً-العقيدة:

- 52- الشاطبي، إبراهيم: الاعتصام، دار ابن عفان، السعودية، ط 1، 1992م.

خامساً-أصول وقواعد الفقه:

- 53- أبو الحارث الغزي، محمد: مُوسُوعَةُ القَوَاعِدِ الفِقهِيَّةِ، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط 1، 2003م.
- 54- الأسنوي: التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط 1، 1400 هـ.
- 55- الأسنوي: نهاية السؤل، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1999م،
- 56- الأصفهاني، محمود: بيان المختصر، دار المدني، السعودية، ط 1، 1986م،
- 57- الآمدي: الأحكام، المكتب الاسلامي، لبنان، د.ط، د.ت،
- 58- أمير باد شاه: تيسير التحرير، مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط 1، 1932م.
- 59- ابن أمير الحاج: التقرير والتحبير، دار الكتب العلمية، ط 2، 1983م،
- 60- ابن الدهان: تقويم النظر في مسائل خلافية، كتبة الرشد، السعودية، ط 1، 2001م.
- 61- ابن الشاط: إدرار الشروق على أنواء الفروق بحاشية كتاب الفروق، عالم الكتب، لبنان، د.ط،

د.ت،

- 62- ابن العربي: المحصول، دار البيارق، الأردن ط 1، 1999،
- 63- ابن الفراء: العدة، دن، د.م، ط 1، 1990م.
- 64- ابن القيم، الجوزية: بدائع الفوائد، دار الكتاب العربي، لبنان، د.ط، د.ت.
- 65- ابن اللحام: المختصر في أصول الفقه على مذهب الامام أحمد، جامعة الملك عبد العزيز، السعودية، د.ط، د.ت.

- 66- ابن النجار: مختصر التحرير شرح الكوكب المنير، مكتبة العبيكان، ط 2، 1997م،
- 67- ابن الهمام، كمال الدين: فتح القدير، دار الفكر، سوريا، د.ط، د.ت،
- 68- ابن تيمية: المسودة في أصول الفقه، دار الكتاب العربي، لبنان، د.ط، د.ت.

- 69- ابن حزم: الأحكام في أصول الأحكام، ار الآفاق الجديدة، لبنان، د.ط، د.ت.
- 70- ابن رجب: القواعد، دار الكتب العلمية، لبنان، د.ط، د.ت.
- 71- ابن عقيل، أبو الوفا: الواضح في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط 1، 1999م.
- 72- ابن قدامة المقدسي: روضة الناظر، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، لبنان، ط 2، 2002م.
- 73- ابن قيم، الجوزية: إعلام الموقعين، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، السعودية، ط 1، 1423هـ.
- 74- ابن مفلح: أصول الفقه، مكتبة العبيكان، السعودية، ط 1، 1999م.
- 75- ابن نجيم، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1999م.
- 76- البخاري: كشف الاسرار، دار الكتاب الاسلامي، لبنان، د.ط، د.ت.
- 77- البركتي، محمد: قواعد الفقه، الصدف ببلشرز، باكستان، ط 1، 1986م.
- 78- البغدادى: الفقيه والمتفقه، دار ابن الجوزي، السعودية، ط 2، 1421.
- 79- التفتازاني: شرح التلويح على التوضيح، مكتبة صبيح، مصر، د.ط، د.ت.
- 80- الجصاص: الفصول في الأصول، وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت، ط 2، 1994،
- 81- الجويني: البرهان، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1997م.
- 82- الجويني: الورقات، دار الصميعي، السعودية ط 1، 1416هـ.
- 83- الجويني، أبو المعالي: الاجتهاد، دار القلم، سوريا، ط 1، 1408هـ.
- 84- الرازي: المحصول، مؤسسة الرسالة، سوريا، ط 3، 1997م.
- 85- الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتي، مصر، ط 1، 1994م.
- 86- الزركشي: المنثور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت، ط 2، 1985م.
- 87- الزركشي: تشنيف المسامع بجمع الجوامع، مكتبة قرطبة للبحث العلمي، مكة، ط 1، 1998م.
- 88- الزركشي: تشنيف المسامع بجمع الجوامع، مكتبة قرطبة، السعودية، ط 1، 1998م.
- 89- السبكي: الإبهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1995م.
- 90- السبكي: الإبهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1995م.
- 91- السبكي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1991م.
- 92- السرخسي: أصول السرخسي، دار المعرفة، لبنان، د.ط، د.ت.
- 93- السمعاني: قواطع الأدلة في الأصول، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1999م.
- 94- السنيانوي، حسن: الأصل الجامع لإيضاح الدرر المنظومة في سلك جمع الجوامع مطبعة النهضة، تونس، ط 1، 1928م.
- 95- السنيكي، أبو يحيى: غاية الوصول في شرح لب الأصول، دار الكتب العربية الكبرى، مصر، د.ط، د.ت.
- 96- السيوطي: الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1990م.

- 97- السيوطي: الرد على من اخلد إلى الأرض وجهل إن الاجتهاد في كل عصر فرض، مكتبة الثقافة الدينية، مصر، د. ط، د.ت،
- 98- الشاطبي، أبو اسحاق: الموافقات، دار ابن عفان، السعودية، ط 1، 1997م،
- 99- الشوكاني: إرشاد الفحول، دار الكتاب العربي، مصر، ط 1، 1999م،
- 100- الشيرازي: اللمع في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 2، 2003م،
- 101- الطوفي: شرح مختصر الروضة، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط 1، 1987،
- 102- عبد العلي الانصاري: فواتح الرحموت، دار الكتب العلمية، لبنان، د.ط، 2002م.
- 103- العبكري: رسالة في أصول الفقه، المكتبة المكية، السعودية، ط 1، 1992م.
- 104- العز، بن عبد السلام: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، د.ط، 1991م
- 105- العطار: حاشية العطار على شرح الجلال، دار الكتب العلمية، لبنان، د.ط، د.ت.
- 106- الغزالي: المستصفى، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1993م،
- 107- الفتوحى: شرح الكوكب المنير، مكتبة العبيكان، السعودية، ط 2، 1997م.
- 108- الفناري، محمد: فصول البدائع في أصول الشرائع، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 2006م.
- 109- القرافي: الفروق، عالم الكتب، لبنان، د.ط، د.ت،
- 110- القرافي: شرح تنقيح الفصول، شركة الطباعة الفنية المتحدة، لبنان، ط 1، 1973م.
- 111- القرافي: نفائس الأصول في شرح المحصول، مكتبة نزار مصطفى الباز، السعودية، ط 1، 1995م،
- 112- الكلوذاني، محفوظ: التمهيد في أصول الفقه، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي، السعودية، ط 1، 1985م.
- 113- المارديني: الأنجم الزاهرات على حل ألفاظ الورقات في أصول الفقه، مكتبة الرشد، السعودية، ط 3، 1999م،
- 114- المرداوي: التحبير شرح التحرير، مكتبة الرشد، السعودية، ط 1، 2000م،
- 115- المرزوي: قواطع الأدلة في الأصول، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1999م.
- 116- المنيأوي: التمهيد - شرح مختصر الأصول من علم الأصول، المكتبة الشاملة، مصر، ط 1، 2011م.
- 117- المنيأوي: الشرح الكبير لمختصر الأصول من علم الأصول، المكتبة الشاملة، مصر، ط 1، 2011م.
- 118- النووي: آداب الفتوى والمفتي والمستفتي، دار الفكر، سوريا، ط 1، 1408هـ.

سادسا- الفقه الاسلامي:

أ-المذهب الحنفي

- 119- ابن الشحنة، أحمد: لسان الحكام، البابي الحلبي، مصر، ط1، 1973.
- 120- ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر لبنان، ط2، 1992م.
- 121- ابن فرقد الشيباني: الأصل، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، د.ط، د.ت.
- 122- ابن نجيم: البحر الرائق، دار الكتاب الإسلامي، لبنان، ط2، د.ت
- 123- البابرقي، محمد: العناية شرح الهداية، دار الفكر، د.ط، د.ت.
- 124- البخاري: المحيط البرهاني، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 2004،
- 125- الجصاص: شرح مختصر الطحاوي، دار البشائر الإسلامية، السعودية، ط1، 2010م.
- 126- الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط1، 1313هـ.
- 127- السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، لبنان، د.ط، 1993م.
- 128- السمرقندي، أبوبكر: تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، لبنان، ط2، 1994م.
- 129- العيني، بدر الدين: البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 2000م.
- 130- الكاساني: بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، لبنان، ط2، 1986م.
- 131- المرغيناني: الهداية في شرح البداية، دار احياء التراث العربي، لبنان، د.ط، د.ت.

ب-المذهب المالكي

- 132- ابن الحاج: المدخل، دار التراث، لبنان د.ط، د.ت.
- 133- ابن الحاجب: جامع الأمهات ت. أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضر، اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، تونس، ط2، 1421هـ.
- 134- ابن أنس، مالك: المدونة، دار الكتب العلمية، لبنان، د.ط، 1994.
- 135- ابن جزوي، القوانين الفقهية، دار النفائس، لبنان، ط1، 1425هـ.
- 136- ابن حسين: تهذيب الفروق، على هامش كتاب الفروق، عالم الكتب، لبنان، د.ط، د.ت.
- 137- ابن رشد، أبو الوليد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مكتبة مكة الثقافية، الإمارات، ط01، 2004م.
- 138- ابن رشد: البيان والتحصيل، دار الغرب الاسلامي، لبنان، ط2، 1988م،
- 139- ابن رشد: المقدمات الممهדות، دار الغرب الإسلامي، لبنان، ط1، 1988م.
- 140- ابن شاس: عقد الجواهر الثمينة، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، المغرب، ط1، 2003م
- 141- ابن عبد البر: الاستذكار، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 2000م.

- 142- ابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة، مكتبة الرياض، السعودية، ط 2، 1980.
- 143- ابن عبد البر، أبو عمر: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، د.ط، 1387هـ.
- 144- ابن غازي، أبو عبد الله: شفاء الغليل في حل مقفل خليل، تحقيق، أحمد نجيب، مركز نجيبوية للمحفوظات وخدمة التراث، مصر، ط 1، 2008م.
- 145- التسولي: البهجة في شرح التحفة، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1998م.
- 146- الحطّاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، وبهامشه التاج والإكليل للمواق، دار الفكر، لبنان، ط 3، 1992.
- 147- الخرشبي: شرح مختصر خليل، دار الفكر، لبنان، د.ط، د.ت.
- 148- خليل بن إسحاق، مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، د.ط، 1994م.
- 149- الدردير، أحمد: الشرح الكبير، بحاشية الدسوقي، دار الفكر، سوريا، د.ط، د.ت.
- 150- الرصاع: الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الامام ابن عرفة الوافية، المكتبة العلمية، لبنان، ط 1، 1350هـ.
- 151- عبد الوهاب، أبو محمد: التلقين في الفقه المالكي، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 2004م.
- 152- عليش، محمد: منح الجليل، دار الفكر، بيروت، د.ط، 1989م.
- 153- القرافي، أبو العباس: الذخيرة، ت. محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، لبنان، ط 1، 1994.
- 154- القيرواني، أبو زيد: الرسالة، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 2006م.
- 155- القيرواني، أبو زيد: النوادر والزيادات، دار الغرب الإسلامي، لبنان، ط 1، 1999م.
- 156- اللخمي، أبو الحسن: التبصرة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط 1، 2011م.
- 157- المازري: شرح التلقين، دار الغرب الإسلامي، لبنان، ط 1، 2008م.
- 158- المواق، أبو عبد الله: التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1994م.
- 159- النفراوي، أحمد: الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، لبنان، د.ط، 1995م.

ج-المذهب الشافعي

- 160- ابن المحاملي، اللباب في الفقه الشافعي، دار البخارى، السعودية، ط 1، 1416هـ.
- 161- ابن حجر: تحفة المحتاج في شرح المنهاج وبهامشه حاشية الشرواني، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، د.ط، 1983م.
- 162- ابن سالم، يحيى، البيان في مذهب الامام الشافعي، دار المنهاج، السعودية، ط 1، 2000م.
- 163- البجيرمي: حاشية البجيرمي على الخطيب، دار الفكر، لبنان، د.ط، 1995م.

- 164- الجمل، سليمان: حاشية الجمل، دار الفكر، لبنان، د.ط، د.ت.
- 165- الجويني، أبو المعالي: نهاية المطلب في دراية المذهب، دار المنهاج، السعودية، ط 1، 2007م.
- 166- الحسيني، بن معلى: كفاية الاخير في حل غاية الاختصار، دار الخير، سوريا، ط 1، 1994م.
- 167- الخطيب الشربيني: الإقناع في حل ألقاظ أبي الشجاع، دار الفكر، لبنان، د.ط، د.ت.
- 168- الدمياطي: إعانة طالبين، دار الفكر للطباعة، لبنان، ط 1، 1997م.
- 169- الدميري، كمال الدين: النجم الوهاج في شرح المنهاج، دار المنهاج، السعودية، ط 1، 2004م.
- 170- السنيكي: أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، لبنان، د.ط، د.ت.
- 171- الشافعي: الأم، دار المعرفة، لبنان، د.ط، 1990م.
- 172- الشافعي: الرسالة، مكتبة الحلبي، مصر، د.ط، 1940م.
- 173- الشربيني، الخطيب: مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1994م.
- 174- الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، لبنان، د.ط، د.ت.
- 175- الغزالي، أبو حامد: الوسيط في المذهب، دار السلام، مصر، ط 1، 1417هـ.
- 176- القليوبي: حاشية القليوبي، دار الفكر، لبنان، د.ط، 1995م.
- 177- الماوردي: الحاوي الكبير، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1999م.
- 178- المزني: مختصر المزني، دار المعرفة لبنان، د.ط، 1990م.
- 179- النووي، روضة الطالبين، دار المكتب الإسلامي، بيروت، ط 2، 1985م.
- 180- النووي: المجموع، شرح المهذب، دار الفكر، سوريا، د.ط، د.ت.

د-المذهب الحنبلي

- 181- أبو النجا، موسى بن أحمد: الإقناع في فقه الإمام أحمد، دار المعرفة، لبنان، د.ط، د.ت.
- 182- أبو داود السجستاني، مسائل الإمام أحمد، مكتبة ابن تيمية، مصر، ط 1، 1999م.
- 183- ابن مفلح، محمد: الفروع، مؤسسة الرسالة، سوريا، ط 1، 2003م.
- 184- ابن الفراء، أبو علي: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين، مكتبة المعارف، السعودية، ط 1، 1985م.
- 185- ابن القيم: أحكام أهل الذمة، رمادى للنشر، السعودية، ط 1، 1997م.
- 186- ابن تيمية، أبو البركات: المحرر في الفقه على مذهب أحمد ابن حنبل، مكتبة المعارف، السعودية، ط 2، 1984م.
- 187- ابن تيمية، أبو البركات: المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة المعارف، السعودية، ط 2، 1984م.
- 188- ابن قدامة المقدسي: الشرح الكبير، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، مصر، ط 1، 1995م.

- 189- ابن قدامة المقدسي: الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1994م.
- 190- ابن قدامة المقدسي، المغني، مكتبة القاهرة، مصر، د.ط، 1968م.
- 191- ابن مفلح، إبراهيم: المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1997م
- 192- البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، راجعه وعلق عليه هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الكتب العلمية، لبنان، د.ط، د.ت.
- 193- الخرقى، مختصر الخرقى، دار الصحابة للتراث، لبانا ط1، 1993م.
- 194- الكلوذاني، أبو الخطاب: الهداية على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، السعودية، ط 1، 2004م.
- 195- المرادوي: الإنصاف، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ط2، د.ت.
- 196- المرزوي، اسحاق: مسائل الامام أحمد واسحاق بن راهويه، مادة البحث العلمي، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، السعودية، ط1، 2002م.
- و- فقه المذاهب الأخرى:
- 197- ابن حزم: المحلى بالآثار، دار الفكر، لبنان، د.ط، د.ت.
- 198- ابن المنذر، محمد: الإشراف على مذاهب العلماء، مكتبة مكة الثقافية، الإمارات، ط 1، 2004م.
- 199- الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، دار البشائر الإسلامية، لبنان، ط 2، 1413هـ.
- 200- العاملي: محمد بن جمال، والعاملي، زين الدين الجيعي: الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، مؤسسة الأعلمي، لبنان، ط 1، د.ت.
- ي- كتب فقهية واصولية حديثة:
- 201- أبا الخيل، ماجد: العقد الإلكتروني، مكتبة الرشد، السعودية، ط1، 2009م.
- 202- أبو العلا: حسين عبد الجيد: الوصية وأحكامها، دراسة فقهية مقارنة، اسبوت كمبيوتر، مصر، د،ط، د،ت.
- 203- أبو زهرة: أحكام التركات، دار الفكر العربي، مصر، د.ط، د.ت.
- 204- أبو زهرة، محمد: أصول الفقه، دار الفكر، سوريا، د.ط، د.ت،
- 205- أبو زهرة: الأحوال الشخصية، دار الفكر، مصر، ط 3، د،ت.
- 206- أبو زيد، بكر بن عبد الله، المدخل المفصل لمذهب الإمام أحمد، دار العاصمة، السعودية، ط 1، 1417هـ.
- 207- أبو زيد، بكر: فقه النوازل، قضايا فقهية معاصرة، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط 1، 1996م.
- 208- أبو طالب، حامد: التنظيم القضائي الإسلامي، مطبعة السعادة، مصر، ط1. 1982

- 209- أبو مالك، كمال بن السيد: صحيح فقه السنة وأدلتها، المكتبة التوفيقية، مصر، د.ط، 2003م.
- 210- الأحمد، حسام: البصمة الوراثية، حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، 2010م.
- 211- إسماعيل، محمد شعبان: أصول الفقه، تاريخه ورجاله، دار المريخ، السعودية. ط1. 1981م.
- 212- الأشقر: عمر سليمان: أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الاردن، ط 1، 1997م.
- 213- الأشقر، أسامة: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، ط1، الأردن، 2000م.
- 214- الأنصاري: المصطلح الأصولي عند الشاطبي، مطبعة النجاح، المغرب، ط 1، 2004.
- 215- ابن خنين، عبد الله: توصيف الأقضية في الشريعة الإسلامية، مكتبة الملك فهد الوطنية للنشر، السعودية، ط 1، 2003م.
- 216- ابن سعيد، أحمد بن ناصر: دراسة شرعية لبعض النوازل الفقهية المعاصرة، مكتبة سالم، السعودية، ط1، 2001م.
- 217- ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ت: الميساوي محمد الطاهر، دار النفائس، الأردن، ط 2، 2001م.
- 218- البدوي، يوسف: مقاصد الشريعة عند ابن تيمية، دار النفائس، الاردن، د.ط، د.ت.
- 219- البقصي، ناهدة: الهندسة الوراثية والأخلاق، عالم المعرفة، الكويت، ط 1، 1993م.
- 220- بك، أحمد ابراهيم: طرق الاثبات الشرعية، المكتبة الازهرية للتراث، مصر، ط4، 2003م.
- 221- بلخير، عثمان: البعد التنزيلي في التنظير الأصولي عند الإمام الشاطبي، دار ابن حزم، لبنان، ط 1، 2009.
- 222- بن محمد، عبد الرؤوف: الاجتهاد تأثره وتأثيره في فقهى المقاصد والواقع، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 2013م.
- 223- البهائي: زبدة الأصول، ت. فارس حسون كريم، دار المرصاد، ايران، ط1، 1423هـ.
- 224- بوشينخي، الشاهد: فقه الواقع الامة، مجلة حراء، تركيا، ع 33، 2012م.
- 225- البوطي، محمد: مسألة تحديد النسل وقاية وعلاج، دار الفارابي، سوريا، د.ط، د.ت.
- 226- البيهي، سعيد: التأصيل الشرعي لمفهوم فقه الواقع،الدار العالمية، مصر، ط2، 2005م.
- 227- تلوت، جميلة: فقه التنزيل عند الامام ابن تيمية، سلسلة الأمة، قطر، ط 1، 2011،
- 228- توانا، سيد محمد موسى: الاجتهاد ومدى حاجتنا إليه في هذا العصر، دار الكتب الحديثة، مصر، د.ط، د.ت.
- 229- جحيش، البشير: في الاجتهاد التنزيلي، سلسلة الامة، قطر، ع 93، مارس 2003م.

- 230- الجديع، العنزي: تسيير علم أصول الفقه، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، ط1، 1998م،
- 231- حامد، حامد: فقه الميراث في الشريعة الإسلامية، مطبعة الشاهد، مصر، د، ط، 2000م.
- 232- حامد العالم، يوسف: المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، أمريكا، ط 2، 1994م.
- 233- حسين، حامد الحسان: نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، مكتبة المتنبي، مصر، د.ط، 1981م.
- 234- الحسين، وليد بن علي: اعتبار مآلات الافعال واثرها الفقهي، دار التدمرية، السعودية، ط 2، 2009م.
- 235- الحكيم، محمد تقي الدين: الأصول العامة للفقه المقارن، مؤسسة البيت، إيران، ط 2، 1979م.
- 236- حماد، رأفت: أحكام العمليات الجراحية، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، مصر، د.ط، د.ت.
- 237- الخادمي، نور الدين: الاجتهاد المقاصدي، حجيته وضوابطه ومجالاته، سلسلة الأمة، قطر، ط 1، جمادى الأولى 1419 هـ.
- 238- الخالد، خالد حسين: الاجتهاد الجماعي في الفقه الإسلامي، مركز جمعة الماجد، الإمارات، ط1، 2009م.
- 239- خلاف، عبد الوهاب: علم أصول الفقه، مطبعة المدني، مصر، د.ط، د.ت.
- 240- خلفي، وسيلة: فقه التنزيل، دار الوعي، الجزائر، ط 1، 2009م.
- 241- خير الله، محمد: الواقعة سبب من اسباب الحقوق والالتزامات، الكتب العلمية، لبنان، ط1، 2011م.
- 242- الدريني، فتحي: بحوث في الفقه المقارن ، مؤسسة الرسالة، سوريا، ط2، 2008،
- 243- الدريني، فتحي: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، مؤسسة الرسالة، سوريا، ط4، 1988م.
- 244- الدريني، محمد وغيره: من الاجتهاد والتجديد في الفكر المعاصر، سلسلة الفكر الإسلامي المعاصر، مركز دراسات العالم الإسلامي، مالطا، ط1، 1991م،
- 245- رحال، علاء الدين: معالم وضوابط الاجتهاد عند بن تيمية، دار النفائس، الأردن، ط 1، 2002م.
- 246- رحيم: إبراهيم بن محمد: أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي، دار الحكمة، السعودية، ط1، 2002م.

- 247- رحيم: إبراهيم بن محمد: أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي، سلسلة الحكمة، بريطانيا، ط 1، 2002م.
- 248- رياض، محمد: أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، مطبعة النجاح، المغرب، ط1، 1996،
- 249- الريسوني، أحمد: نظرية المقاصد عند الشاطبي، المعهد العالمي للفكر الاسلامي، أمريكا، ط 4، 1995م.
- 250- الريسوني وغيره: الاجتهاد بين النص والمصلحة والواقع، دار الفكر، سوريا، ط 1، 2000م.
- 251- زايددي، عبد الرحمن: الاجتهاد بتحقيق المناط وسلطانه، مركز التراث الثقافي المغربي، الدار البيضاء، ط1، 2001م.
- 252- الزحيلي، محمد: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب، دار الفكر، سوريا، ط 2، 2006م.
- 253- الزحيلي، وهبة: اجتهاد التابعين، دار المكتبي، سوريا، ط 1، 2000.
- 254- الزحيلي، وهبة: أصول الفقه، دار الفكر، سوريا، ط 1، 1986.
- 255- الزحيلي، وهبة: الفقه الإسلامي، دار الفكر، سورّيّة، ط4، د.ت،
- 256- زرار، ملكة يوسف: موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية، دار الفتح للإعلام العربي، ط 1، مصر، 2000م.
- 257- الزرقاء: شرح القواعد الفقهية، دار القلم، سوريا، ط 2، 1989م.
- 258- الزرقاء: المدخل الفقهي العام، دار القلم، سوريا، ط 1، 1998م.
- 259- زيدان، زكي: الوجيز في أحكام الوصية والوقف، مصر، د.ط، 1999م.
- 260- زيدان، عبد الكريم: المدخل لدراسة الشريعة، دار عمر ابن الخطاب للنشر، مصر، د.ط، د.ت
- 261- زيدان، عبد الكريم: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، الرسالة، لبنان، ط 1، 1993،
- 262- ساطور، منصور: الإجهاض في الفقه الإسلامي و القانون، دار المنار، مصر، د ط، 1995م.
- 263- سانو، قطب: معجم مصطلحات أصول الفقه، دار الفكر، سوريا، ط 1، 2000م.
- 264- الساهي، شوقي: موسوعة أحكام الموارث، دار الحكمة للنشر، مصر، ط 1، 1988م.
- 265- السباعي، زهير والبار، محمد: الطبيب أدبه وفقهه، دار القلم، سوريا، ط 1، 1993م.
- 266- السبيل، عمر بن محمد: البصمة الوراثية ومشروعية استخدامها في النسب والجنائية، دار الفضيلة، السعودية، ط 01، 2002م.
- 267- السدلان صالح بن غانم: القرائن ودورها في الاثبات في الشريعة الاسلامية، دار بلنسيه، السعودية، ط 2، 1418.
- 268- سلامة، زياد أحمد: أطفال الانابيب، الدار العربية للعلوم، لبنان، ط 1، 1996م.
- 269- سمرة، حسن: أحكام الميراث والوصية، دار النصر للتوزيع والنشر، د، ط، مصر، 2005م.

- 270- السنوسي، عبد الرحمن: اعتبار المآلات ومراعات نتائج التصرفات، دار ابن الجوزي، السعودية ط 1، 1426هـ.
- 271- السوسوة، عبد المجيد: الاجتهاد الجماعي في التشريع الاسلامي، وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية، قطر، ط1، 1998،
- 272- السوسوة، عبد المجيد: دراسات في الاجتهاد وفهم النص، دار البشائر، لبنان، ط1، 2003.
- 273- شبير، عثمان: التكيف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، دار القلم سوريا، ط 2، 2014م.
- 274- الشثري، عبد الرحمن: حكم تقنين الشريعة، دار الصميقي، السعودية، ط 1، 2007م.
- 275- شمس الدين، محمد مهدي: الاجتهاد والتجديد في الفقه الاسلامي، المؤسسة الدولية للطباعة والنشر، لبنان، ط1، 1999م.
- 276- الشنقيطي، محمد: أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مكتبة الصحابة، السعودية، ط2، 1994م.
- 277- الشويرخ، سعد: أحكام الهندسة الوراثية، كنوز إشبيليا، السعودية، ط 1، 2007م.
- 278- الصمدي، مصطفى: فقه النوازل عند المالكية تاريخاً ومنهجاً، مكتبة الرشد، السعودية، ط 1، 2007.
- 279- الطرابلسي، مصطفى بشير: منهج البحث والفتوى في الفقه الإسلامي بين انضباط السابقين واضطراب المعاصرين، دار الفتح، الأردن، ط1، 2010م.
- 280- عامر، عبد اللطيف: أحكام الوصايا والوقف، مكتبة وهبة، مصر، ط1، 2006م.
- 281- عبد الرحيم، إبراهيم: أحكام الميراث والوصية، دار النصر للتوزيع والنشر، مصر، د، ط، د.ت، 2005م.
- 282- عبد السلام، جلال: قضايا فقهية معاصرة وآراء أئمة الفقه فيها، عالم المعرفة للنشر، مصر، د.ط، 2002م.
- 283- عبد المجيد، عبد المجيد محمود: الاتجاهات الفقهية عند أصحاب الحديث في القرن الثالث والعشرين، مكتبة الخانجي، مصر، 1979.
- 284- عثمان، رأفت: النظام القضائي في الفقه الإسلامي، دار الكتب المعرفة، مصر ط7، 2005م.
- 285- العدوي، عبد الرحمن: الوسيط في الفقه الإسلامي في الموارث، دار الطباعة المحمدية، مصر، ط 2، 2006م.
- 286- عرجاوي، مصطفى: أحكام نقل الدم في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار المنار، مصر، ط 2، 1993م.

- 287- عضيات، صفوان محمد: الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية تطبيقية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2009م.
- 288- عمرو، عبد الفتاح: السياسة الشرعية في الأصول الشخصية، دار النفائس، الاردن، ط 1، 1998م.
- 289- العمري، نادية: الاجتهاد في الاسلام، مؤسسة الرسالة، سوريا، ط 3، 1983م.
- 290- العنزي، سعود: سد الذرائع عند الامام بن القيم، الدار الأثرية، الاردن، ط1، 2007م.
- 291- غانم، عمر بن محمد: أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، دار الأندلس الخضراء، السعودية، ط1، 2001م.
- 292- الغروي، ميرزا علي: التنقيح في شرح العروة الوثقى للخوئي، دار الهادي للمطبوعات، ايران، ط 1، د.ت.
- 293- غنيم، محمد نبيل: الصور المستحدثة للزواج، سلسلة مركز دراسات الأسرة، مصر، 2007م.
- 294- الفالغ، مساعد: أحكام العورة والنظر، مكتبة المعارف، السعودية، ط1، 1993م.
- 295- الفائز: إبراهيم: الاثبات بالقرائن في الفقه الاسلامي، المكتب الاسلامي، السعودية، ط2، 1983.
- 296- فخري، جميل: التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، دار الحامد، الاردن، ط 1، 2009م.
- 297- فياض، مصطفى: الاجتهاد وأهميته في العصر الحديث، مكتبة الازهر، مصر، ط 1، 2000م.
- 298- القرضاوي: موجبات تغيير الفتوى، لجنة التأليف والترجمة بالاتحاد العالمي للعلماء المسلمين، لبنان، د.ط، د.ت.
- 299- القرضاوي: الاجتهاد في الشريعة، مع نظرة تحليلية في الاجتهاد المعاصر، دار القلم، الكويت، ط1، 1996.
- 300- القرضاوي: الفتوى بين الانضباط والتسيب، دار الصحوة، مصر، ط 1، 1988م.
- 301- القرضاوي، يوسف: مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، الرسالة، سوريا، ط 1، 1993م.
- 302- القره داغي، عارف علي: مسائل شرعية في الجينات البشرية، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 01، 2012م.
- 303- القضاة، عبد الحميد: الأمراض الجنسية عقوبة الهية، دار الكتب الوطنية، الأردن، ط 1، 1985م.
- 304- القضاة، عبد الحميد: الفحص الطبي قبل الزواج ضرورة أم ترى؟، جمعية العفاف الخيرية، الأردن، ط 1، 2003م.
- 305- القواسمي، بسام محمد: أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2010م.

- 306- الكعبي، خليفة: البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دار النفائس، الأردن، ط1، 2006م.
- 307- محمود، أحمد طه: الإنجاب بين التجريم والمشروعية، دار الكتب، مصر، د.ط، 2000م.
- 308- المطلق، عبد الملك: زواج المسيار، دار ابن لعبون، د.ط، السعودية، 1423هـ.
- 309- منصور، محمد خالد: الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء، دار النفائس، الأردن، ط2، 1999م.
- 310- الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، الكويت، ط2، 1427هـ.
- 311- موفعة، سعيد: الموسوعة الفقهية للأجنة والاستنساخ البشري، دار الإيمان، مصر، ط1، 2005م.
- 312- المومني، أحمد: أحكام التركات والموارث، دار المسيرة، الأردن، ط1، 2009م.
- 313- ناصيف، إلياس: الوصية، منشورات الحلبي، ط2، بيروت، 2007،
- 314- النجار، عبد المجيد: الانسان بين الوحي والعقل بحث في جدلية النص والعقل والواقع، المعهد العالمي للفكر الاسلامي، أمريكا، ط2، 1993.
- 315- النجار، عبد المجيد: خلافة الانسان بين الوحي والعقل، المعهد العالمي للفكر الاسلامي، أمريكا، ط2، 1981م.
- 316- النجار، عبد المجيد: فقه التدين، سلسلة الأمة، قطر، ع 23، جمادى الأولى 1410 هـ.
- 317- نمر، عبد المنعم: الميراث في الشريعة الاسلامية، مكتبة الايمان، مصر، د، ط، د، ت.
- 318- الهاللي، سعد الدين: البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية دراسة فقهية مقارنة، مجلس النشر العلمي، الكويت، د.ط، 2001.
- 319- وورقية، عبد الرزاق: ضوابط الاجتهاد التنزيلي في ضوء الكليات المقاصدية، دار لبنان للطباعة والنشر، لبنان، ط1، 2003،
- 320- يسري، محمد إبراهيم: الفتوى وأهميتها وضوابطها، طبع جائزة نايف بن عبد العزيز آل سعود، المدينة، ط1، 2007م.
- 321- اليوبي: محمد، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، دار الهجرة السعودية، ط1، 1998م.

سابعاً- الفتاوى والنوازل:

- 322- أبو زهرة: فتاوى الشيخ محمد أبو زهرة، دار القلم، سوريا، د.ط، د.ت.
- 323- ابن الصلاح، أبي عمورة: فتاوى ابن الصلاح، ت موفق عبد القادر، مكتبة العلوم والحكم، لبنان، ط1، 1407هـ.
- 324- ابن باز وغيره: فتاوى إسلامية، جمع وترتيب محمد بن عبد العزيز المسند، دار الوطن، السعودية، د.ط، د.ت.

- 325- ابن باز: الفتاوى لشرعية في المسائل العصرية، إعداد خالد الجريسي، مؤسسة الجريسي، السعودية، ط 1، 1999م.
- 326- ابن باز: مجموع فتاوى ومقالات متنوعة، دار القاسم للنشر، السعودية، ط 1، 2004م
- 327- ابن باز، عبد العزيز وآخرون: الفتاوى الشرعية في المسائل العصرية من فتاوى علماء البلد الحرام، مؤسسة الحرمين للتوزيع، السعودية، ط 1، 1999م
- 328- ابن تيمية: مجموع الفتاوى، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، السعودية، د.ط، 1995م.
- 329- ابن تيمية، أحمد: الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1987.
- 330- ابن حجر، أحمد: الفتاوى الفقهية الكبرى، المكتبة الإسلامية، مصر، د.ط، د.ت.
- 331- ابن حنبل، أحمد: " مسائل الإمام أحمد برواية ابنه عبد الله، زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، لبنان، ط 1، 1981.
- 332- ابن رشد، أبو الوليد: مسائل ابن رشد، ت محمد التجكاني، دار الجليل، لبنان، ط 2، 1993.
- 333- ابن سهل، عيسى: الإعلام بنوازل الأحكام، ت يحيى مراد، دار الحديث، مصر، ط 1، 2007م.
- 334- ابن هشام، أبو الوليد: المفيد للحكام فيما يعرض لهم من نوازل الأحكام، ت. سليمان أبا الخيل، دار العاصمة، السعودية، ط 1، 2012.
- 335- البرزلي، أبو القاسم: جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام، ت محمد الهيلة، دار الغرب الاسلامي، لبنان، ط 1، 2002.
- 336- البلخي، نظام الدين وآخرون: الفتاوى الهندية، دار الفكر، لبنان، ط 2، 1310هـ.
- 337- الجابري، أحمد: الجديد في الفتاوى، دار الفرقان، الأردن، ط 1، 1414هـ.
- 338- جاد الحق، علي جاد الحق: الفتاوى الإسلامية، دار الفاروق للنشر، مصر، ط 1، 2005م.
- 339- جمعة، علي: فتاوى البيت المسلم، دار الإمام الشاطبي، مصر، ط 01، 2009م.
- 340- الجيزاني: فقه النوازل، دار بن الجوزي، السعودية، ط 2، 2006م.
- 341- السبكي، أبو الحسن: فتاوى السبكي، دار المعرفة، لبنان، د.ط، د.ت.
- 342- سراج الدين، أبو محمد: الفتاوى السراجية، ت. البستري، دار الكتب العلمية، لبنان، د.ط، 2011م.
- 343- شلتوت، محمود: الفتاوى، دار الشروق، مصر، ط 18، 2008م.
- 344- صقر، عطية: فتاوى وأحكام للمرأة المسلمة، مكتبة وهبة، مصر، ط 2، 2006م.
- 345- عليش: فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الامام مالك، دار المعرفة، لبنان، ط 1، د.ت.
- 346- عياض، أبو الفضل: مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، ت محمد بن شريفة، دار الغرب الاسلامي، لبنان، ط 2، 1997.

- 347- الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية، وزارة الأوقاف المصرية، مصر، د.ط، 1997م.
- 348- قاضيخان، فخر الدين: فتاوى قاضيخان، ت سالم البدري، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 2009.
- 349- القرافي: الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، مكتب المطبوعات الإسلامية، سوريا، ط2، 1995.
- 350- القرضاوي، يوسف: الحلال والحرام في الإسلام، دار وهبة، مصر، ط 22، 1997م.
- 351- القره داغي، علي محيي الدين والمحمدي، يوسف: فقه القضايا الطبية المعاصرة، دار البشائر، لبنان، ط 02، 2006م.
- 352- قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية: مجموعة الفتاوى الشرعية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط1، 2011م.
- 353- اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء: فتاوى اللجنة الدائمة، الإدارة العامة للطبع، السعودية، مج1، د.ت.
- 354- مجموعة الفتاوى الشرعية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الكويت، د.ط، 2002م.
- 355- النووي، محي الدين: المسائل المنثورة، ت محمد الحجار. دار البشائر، لبنان، ط6، 1996.
- 356- واصل، نصر فريد: فتاوى المرأة، دار مايو، مصر، د.ط، د.ت.
- 357- الولواجي، أبو الفتح، الفتاوى الولواجية، ت. مقداد قريوي، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 2003.
- 358- الونشريسي، أبو يحيى: المعيار المعرب والبيان المغرب عن فتاوى أهل افريقية والأندلس والمغرب، ت محمد حجي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، د.ط، 1981.

ثامنا-القضاء:

- 359- أبو البصل، عبد الناصر: نظرية الحكم القضائي، دار النفائس، الأردن، د.ط، د.ت.
- 360- ابن القيم، الجوزية: الطرق الحكمية، دار عالم الفوائد، السعودية، ط 1، 1428هـ.
- 361- ابن فرحون: تبصرة الحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، ط 1، 1986.
- 362- ابن محمود: تاريخ القضاء في مصر، المطبعة الأهلية الحديثة، مصر، د.ط، د.ت.
- 363- توفيق، إسكندر محمود: الخبرة القضائية، دار هومه، الجزائر، د. ط، 2002م.
- 364- الجويني: غياث الأمم في التياث الظلم، مكتبة إمام الحرمين، السعودية ط 2، 1401هـ.
- 365- الحميضي عبد الرحمن، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، جامعة ام القرى، ط1، 1989م.
- 366- الزحيلي: تاريخ القضاء في الإسلام، دار الفكر، سوريا، ط1، 1995م.
- 367- عثمان، محمد: النظام القضائي في الفقه الإسلامي، دار البيان، السعودية، ط2، 1995م.

- 368- القاسمي، ظافر: نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، دار النفائس، لبنان، ط9، 1997،
 369- الماوردي: الأحكام السلطانية، دار الحديث، مصر، د.ط، د.ت.
 370- ملا خسرو: درر الحكام، دار إحياء الكتب العربية، لبنان، د.ط، د.ت.
 371- ميارة، أبو عبد الله، الإتيقان والأحكام في شرح تحفة الحكام، دار المعرفة، لبنان، د.ط، د.ت.
 372- نصر، فريد: السلطة القضائية، المكتبة الوقفية، مصر د.ط، د.ت.
 373- وكيع، أبو بكر: أخبار القضاة، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ط 1، 1947م.

تاسعا- تاريخ التشريع:

- 374- أبو العينين: تاريخ الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، مصر، د.ط، د.ت،
 375- الأشقر، عمر سليمان: تاريخ الفقه الإسلامي، دار النفائس الاردن، ط 3، 1991م.
 376- البخاري، ابن مازة: شرح أدب القاضي، وزارة الاوقاف، العراق، ط1، 1977م،
 377- بك، خضري: تاريخ التشريع الاسلامي، دار الفكر، لبنان، ط8، 1967م.
 378- الحريري، إبراهيم: نظام القضاء في الإسلام، دار عمان، عمان، ط1، 1990م.
 379- خلاف، عبد الوهاب: خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي، دار القلم، الكويت، د.ط، د.ت،
 380- دردور، إلياس: تاريخ الفقه الإسلامي، دار ابن حزم، لبنان، ط1، 2010
 381- شرف الدين: عبد العظيم: تاريخ التشريع، دار العربي، لبنان، ط 3، 1985م.
 382- شلبي، أحمد: تاريخ التشريع والنظم القضائية، مكتبة النهضة المصرية، مصر، د.ت.

عاشرا- الرسائل والمذكرات الجامعية

- 383- أحمد، محمد شحود: الاثبات بالفرائن في الشريعة الاسلامية، مجلة الدراسات الاجتماعية- جامعة العلوم والتكنولوجيا، اليمن، ع7، 2007م.
 384- أحمد، محمد شحود: تحقيق مخطوط نفحات النسائم المفتحة عن زهر الكمام في آداب المفتي والحاكم، رسالة دكتوراه جامعة القرآن الكريم، السودان، 1994م.
 385- إقروفة، زبيدة: الاكتشافات الطبية والبيولوجية واثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاسلامية، جامعة الجزائر، الجزائر، 2009م.
 386- بابيون، عبد الله صالح: الاجتهاد الجماعي وأثره في الفقه، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الاردن، 2006م،
 387- تاغلايت، حورية: الفقه الإسلامي بين الإحالة والتجديد، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، الجزائر، 2008.
 388- حامدي، بلقاسم: ابرام العقد الالكتروني، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، الجزائر، 2015م.

- 389- حسونة، عارف: مناهج الاجتهاد،** رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية، الاردن، 2005م،
- 390- حصوة، ماهر حسين: فقه الواقع وأثره في الاجتهاد،** رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2006.
- 391- حمادي، نور الدين: ضوابط فقه النوازل المعاصرة،** رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية بجامعة الجزائر، الجزائر، 2009م.
- 392- حماش، خليفة: الأسرة في مدينة الجزائر،** رسالة دكتوراه، جامعة منتوري- قسنطينة، الجزائر، 2006م.
- 393- رازي، دليلة: الاجتهاد الانتقائي،** رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، الجزائر، 2014م.
- 394- سماعي، محمد عمر: نظرية الاحتياط الفقهي،** رسالة دكتوراه، الجامعة الاردنية، الاردن، 2006م.
- 395- سمراد، سمير: مسؤولية القاضي في تحقيق العدالة،** رسالة ماجستير، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2011م.
- 396- الشامسي، سيف: نظرية الاجتهاد عند الامام الشاطبي،** رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية، الاردن، 2006م.
- 397- شاهين، صفاء: الضوابط المعيارية في تنزيل الأحكام الشرعية،** رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية، الاردن، 2009م.
- 398- الشقيرات، صالح: الاجتهاد القضائي فيما لا نص فيه وتطبيقاته في الشريعة والقانون،** رسالة دكتوراه، الجامعة الاردنية، الاردن، 2007م.
- 399- العجلوني: عبد المهدي: قواعد تفسير النصوص وتطبيقاته في الاجتهاد القضائي الاردني،** رسالة دكتوراه، الجامعة الاردنية، الاردن، 2005،
- 400- عرجاوي، مصطفى: كسب الملكية بالميراث،** رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، 1982م.
- 401- الفروجي: مدى حاجة المجتهد لمقاصد الشريعة فهما وتنزيلا،** رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية بجامعة الجزائر، الجزائر، 2011م.
- 402- القحطاني: مسفر: منهج استخراج الأحكام الفقهية للنوازل المعاصرة،** رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، 2000.
- 403- قروف، موسى: سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الاثبات،** رسالة دكتوراه، جامعة بسكرة، الجزائر، 2014م.
- 404- قوميدي، الذوادي: الاتجاهات الاجتهادية المعاصرة في الفقه الاسلامي،** رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية بجامعة الجزائر، الجزائر، 2010م،

- 405-** كاملي، مراد: حجية الحكم القضائي، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، الجزائر، 2008م.
- 406-** مسعودة، نعيمة: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دكتوراه، جامعة ابو بكر بلقايد، الجزائر، 2010م.
- 407-** المصراوي، يوسف: تسبيب الأحكام في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأردن، 2002م.
- 408-** معاشي، جميلة: الانكشارية والمجتمع ببايالك قسنطينة في نهاية العهد العثماني، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الانسانية، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2008م.
- 409-** المقرن، محمد بن سعد: مقاصد الشريعة الإسلامية في حفظ المال وتنميته، رسالة دكتوراه، قسم الدراسات العليا الشرعية، جامعة ام القرى، السعودية، 1420هـ.
- 410-** مونة، عمر: الاجتهاد الاستثنائي وأهميته في تنزيل الأحكام الشرعية، رسالة دكتوراه، الجامعة الاردنية، الاردن، 2008م.
- 411-** مير علي، إحسان: المقاصد العامة للشريعة الإسلامية بين الأصالة والمعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة دمشق، سوريا، د.ت.

حادي عشر - الأبحاث والمقالات:

- 412-** إبراقن، محمود: الانترنت، دراسة اتصالية ومصطلحية، مجلة اللغة العربية، تونس، ع 7.
- 413-** إبراهيم، محمد محمود: النظرية العامة للتكييف القانون للدعوى في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، مصر، د.ط، 1982م.
- 414-** أبو الأجفان، محمد: الاجتهاد الشرعي والعرفي، الوعي الاسلامي، الكويت، ع365، محرم 1417هـ.
- 415-** أبو البصل، عبد الناصر موسى: الضوابط الشرعية للفحص الوراثي قبل الزواج، ثبت المؤتمر العربي الثاني للتطلعات الأخلاقية لتطبيقات علوم الوراثة البشرية، المركز العربي للدراسات الجينية، الإمارات، نوفمبر 2007م.
- 416-** أبو البصل، عبد الناصر: المدخل إلى فقه النوازل، ابحات اليرموك، الأردن، ع 1، 1997م.
- 417-** أبو البصل، عبد الناصر: مدى سلطة و لي الامر في تقييد ايقاع الطلاق، مجلة الحكمة، السعودية، ع10، نوفمبر 1996م.
- 418-** أبو الوفا، أحمد: تسبيب الأحكام، مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية، مصر، ع 1 و 2، 1957م.

- 419- أبو زيد، بكر: طرق الانجاب في الطب الحديث وحكمها الشرعي، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، ع 3، 1987م.
- 420- أبو شاويش، ماهر الذيب: ضوابط النظر في النوازل مدارك الحكم عليها، مجلة الشريعة والقانون، الإمارات، سنة 27، ع 55، يوليو 2013م.
- 421- أبو شاويش، ماهر ذيب: ضوابط النظر في النوازل ومدارك الحكم عليها، مجلة الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، سنة 27، عدد 55، رمضان 1434هـ.
- 422- أبو عمر، سيد حبيب: التلقيح الاصطناعي، مجلة الوعي الإسلامي، الكويت، ع 537، ماي 2010م.
- 423- أبو غدة، عبد الستار: المواكبة الشرعية لمعطيات الهندسة الوراثية، ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية، الكويت، 1998م.
- 424- أبو مليح، محمد: من فقه المعاملات المالية المعاصرة: اجراء العقود عبر شبكة الأنترنت، ثبوت ندوة الانترنت والشريعة الاسلامية، المنظمة العربية للتنمية الادارية، مصر، 2007م.
- 425- إدريس، عبد الفتاح محمود: الإجهاض من منظور إسلامي، مجلة الحكمة، بريطانيا، ع 9، صفر 1417هـ.
- 426- إدريس، عبد الفتاح محمود: الفحص الجيني في نظر الإسلام، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السعودية ع 59، 2003م.
- 427- إدريس، عبد الفتاح محمود: موقف الامام الشافعي من حجية الاستحسان، مجلة البحوث والدراسات الشرعية، مصر، ع 4، محرم 1434هـ.
- 428- إدريس، عبد الفتاح: إجهاض الجنين المشوه، مجلة الوعي الإسلامي، الكويت، ع 507، ذو القعدة 1428هـ.
- 429- إدريس، عبد الفتاح: الإجهاض من منظور إسلامي - الجزء الثاني-، مجلة الحكمة، السعودية، ع 13، جمادى الثانية 1418هـ.
- 430- أزهرى، علي أحمد: مآلات الأفعال، دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية، مجلة كلية أصول الدين - جامعة ام درمان، السودان، ع 7، رمضان 1434هـ.
- 431- إسكندر، كمال: شبكة المؤتمرات المرئية عن بعد، مجلة مستقبل التربية العربية، مصر، مج 7، ع 21، 2001م.
- 432- إسماعيل حبيب، محمد بكر: علم تخريج الفروع على الأصول، مجلة جامعة ام القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية، مكة، ع 45، ذو القعدة 1429هـ.
- 433- إسماعيل، عبد الحميد: مشكلة التكييف في القانون الدولي الخاص، مجلة إدارة قضايا الحكومة، مصر، سنة 03، ع 3، يوليو 1959م.

- 434- الأشقر، عمر سليمان: الاستحسان بين مؤيديه ومعارضيه، مجلة الحكمة، السعودية، ع4، 1994م.
- 435- الأشقر، محمد سليمان: إثبات النسب بالبصمة الوراثية، ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية، الكويت، 1998م.
- 436- الأشقر، محمد: نقل وزراعة الأعضاء التناسلية، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، السعودية، الدورة السادسة، ع6، 1990م.
- 437- آل الشيخ، عبد العزيز بن عبد الله بن محمد: من فتاوى سماحة الشيخ عبد العزيز آل الشيخ، مجلة البحوث الإسلامية، السعودية، ع 62، 2001م.
- 438- أهمو، عمر: التعويض عن الطلاق التعسفي، مجلة الواضحة، المغرب، ع 7، 2007،
- 439- الأيوبي، صلاح الدين: الإجهاض، مجلة الوعي الإسلامي، جمادى الأولى، ع 417.
- 440- ابن الخوجة، محمد الحبيب: عصمة دم الجنين المشوه، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة 02، ع04، 1409هـ.
- 441- ابن بيه، عبد الله: مناقشات ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية، الكويت، 1998م.
- 442- ابن خنين، عبد الله: تنزيل الأحكام على الوقائع القضائية والفتوية في الفقه الاسلامي، مجلة البحوث الاسلامية، السعودية، ع 78، يوليو 2006م.
- 443- ابن سنوسي، فرحي: إشكالية الطلاق العربي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق للبحوث القانونية، مصر، ع 1، 2005م.
- 444- ابن عزة ثابت، مليكة: أسباب الإباحة وموانع المسؤولية في جريمة الإجهاض بين الشريعة والقانون الجنائي الجزائري، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، مصر، ع1، 2012م.
- 445- ابن عودة، حسكر مراد: الاغتصاب داخل الأسرة وإمكانية إجهاض المرأة المغتصبة في القانون الوضعي، مجلة الدراسات القانونية، الجزائر، ع 15، 2012م.
- 446- بابا أدو، مختار: تجزؤ الاجتهاد عند الأصوليين، مجلة المجمع الفقهي الاسلامي، ع 15، 1423هـ،
- 447- البار، محمد: الجنين المشوه، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السعودية، السنة 02، ع4، 1409/07/23هـ.
- 448- البار، محمد: القضايا الأخلاقية الناجمة عن عمليات الانجاب الصناعي، ضمن ثبت موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، دار الثقافة، قطر، ط 7، 2002
- 449- البار، محمد: زرع الغدد التناسلية والأعضاء التناسلية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، السعودية، الدورة السادسة، ع6، 1990م.
- 450- بدر، أحمد فهميم: فاعلية التعلم المتنقل باستخدام خدمة الرسائل القصيرة، مجلة كلية التربية، مصر، ع 90، أبريل 2012م.

- 451- براف، دليلة: الإجهاض في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات الجزائري، مجلة البحوث العلمية و الدراسات الإسلامية، الجزائر، سنة 03، ع 03، 2007م.
- 452- بكرو، كمال الدين: مدى ما يملك الإنسان من جسمه- الجزء الأول-، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، س 05، ع 07، د.ت.
- 453- بلحاج، العربي: المبادئ الشرعية والقانونية والأخلاقية التي تحكم عملية التلقيح الاصطناعي، المجلة القضائية، السعودية، ع 6، مارس 2013م.
- 454- بلحاج، العربي: مسؤولية الطبيب عن خطئه في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الإمام، السعودية، ع 26، ربيع الآخر 1420هـ.
- 455- البناء، محمد عبد اللطيف: المقاصد الشرعية للأنكحة العصرية تطبيقات على الفتاوى المعاصرة، مؤتمر التفكير العلمي وقيم التقدم في الأسرة، مصر، 2009م.
- 456- بنصيرة، سالم: فقه التنزيل، مجلة منار الإسلام، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف، الإمارات، ع 443، 2011م ص 76.
- 457- بو شعراء، زيد: فقه الواقع وتنزيل الأحكام الشرعية، مجلة المجلس العلمي الاعلى، المغرب، ع 11، 2011م.
- 458- بورغدة، رمضان: جوانب من تطور السياسة القضائية الفرنسية في الجزائر خلال الفترة 1830-1892، مجلة كلية الادابوالعلوم الإنسانية - جامعة بسكرة، الجزائر، ع 4، جانفي 2009م.
- 459- بوزيان، عبد الباقي: حدود المسؤولية الجزائرية بالنسبة لعملية التلقيح الاصطناعي وأثرها على الرابطة الأسرية، مجلة دراسات وأبحاث بجامعة الجلفة، الجزائر، ع 21، ديسمبر 2015م.
- 460- البوطيبي، محمد امنو: المذهبية الفقهية وأثرها في تقنين حقوق الأسرة في الاقطار العربية، دراسة تحليلية مقارنة. مجلة المذهب المالكي، المغرب، ع 17، 2013م.
- 461- بوكرب، عبد المجيد، تقنين الأحكام الشرعية ودورها في اثراء المنظومة القانونية الجزائرية، ثبت ندوة القضاء الشرعي في العصر الحديث، جامعة الشارقة، 1427هـ.
- 462- بونجوم، مليكة: نازلة إجهاض المرأة المغتصبة بين المعجزين والمانعين، مجلة دراسات تراثية، المغرب، ع 2، 2014م.
- 463- التارزي، مصطفى كمال: سد الذرائع، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، السعودية، ع 9، 1996م.
- 464- التسماني، محمد: فقه النوازل لدى علماء المغرب، مجلة الإبصار، المغرب، ع 1، فبراير 2013.
- 465- ثبت تقنين الشريعة الإسلامية في مجلس الشعب، إدارة الصحافة والنشر، مصر، 1983م.
- 466- ثبت مناقشة الندوة الفقهية الطبية الخامسة بالكويت المنعقدة في 23-24 أكتوبر 1989، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، السعودية، الدورة السادسة، ع 6، 1990م.

- 467- الجبوري، عبد الله: تقنين الشريعة الإسلامية وصلته بتطبيقها في القضاء الشرعي، ثبت ندوة القضاء الشرعي، 1427هـ.
- 468- الجبوري، هاشم: القرائن وأثرها في الاثبات والقضاء الاسلامي، مجلة البحوث والدراسات الاسلامية، ديوان الوقف السني، العراق، ع5، 2006،
- 469- الجديع، عبد الله: إسلام الزوجة وبقاء زوجها على دينه، المجلة العلمية للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، ايرلندا، ع2، يناير 2003م.
- 470- جعفرور: محمد سعيد: المدخل للعلوم القا: الوجيه في نظرية القانون، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2004م.
- 471- جعفرور، محمد سعيد، نظرات في بعض أوجه التناقض بين التقنين المدني وتقنين الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية بجامعة الجزائر، الجزائر، مج 39، ع 03، جوان 2001م.
- 472- الجلال، محمد سنان: الاستحسان، اشكالية اللفظ ومشكلة ضبط المعنى، مجلة البحوث والدراسات الشرعية، مصر، ع17، مج9، 2013م.
- 473- جمال، أحمد: زراعة الأعضاء البشرية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، السعودية، الدورة السادسة، ع6، 1990م.
- 474- الجميلي، خالد رشيد: أحكام نقل الخصيتين والمبيض وأحكام نقل الأعضاء الجنين الناقص الخلقة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع6، 1990م.
- 475- حاحة، عبد العالي ويعيش، تمام آمال: تطبيقات مبدأ الفصل بين السلطات في ظل دستور 1996، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة بسكرة، ع 4، 2014م.
- 476- حتوت، حسان: قراءة الجينوم البشري، ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية، الكويت، 1998م.
- 477- الحجار، محمد حلمي، والحجار: راني حلمي: المنهجية في حل النزاعات ووضع الدراسات القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، 2010م.
- 478- حجازي، محمد: تقنية المعلومات، الفرص والتحديات، مجلة البحوث التربوية، مصر، ع 3، 2002م.
- 479- الحججي، أحمد: حكم الإسلام في التلقيح، مجلة الوعي الإسلامي، الكويت، ع 83، ذي القعدة 1398هـ.
- 480- الحواس، الميلود: النوازل الفقهية وقيمتها، مجلة التذكرة، المغرب، مج03، ع11، 2008م.
- 481- الحولي: ماهر حامد، ضوابط النظر والاجتهاد في القضايا والمستجدات المعاصرة، مجلة القدس، فلسطين، 2007م.

- 482- الحولي، ماهر حامد: ضوابط النظر والاجتهاد في القضايا والمستجدات المعاصرة، مجلة جمعية القدس، فلسطين، ع 05، يناير، 2008م.
- 483- خالد، عبد الحليم: زواج المسير في دول الخليج العربي، مجلة الخليج العربي، العراق، ع 1 و2، 2010م.
- 484- الخالد، عبد العزيز مصطفى: دور الاجتهاد في مواكبة المستجدات، ثبت الندوة الدولية الاجتهاد الجماعي في العالم الاسلامي، كلية الشريعة والقانون بجامعة الامارات العربية المتحدة، الإمارات، ديسمبر 1996.
- 485- الخطيب، اسماعيل: الاجتهاد بين الفرد والمؤسسة، ثبت الندوة الدولية الاجتهاد أي دور وأي جديد، كلية الاداب والعلوم الإنسانية بجامعة محمد الخامس، المغرب، 1996،
- 486- خلافي، ربيعة: تأثير الاكتشافات الطبية على النسب، نقل وزراعة الأعضاء التناسلية نموذجاً، مجلة الفقه والقانون، المغرب، ع 18، أبريل 2014م.
- 487- خليفة، بابكر حسن: سد الذرائع عند الأصوليين، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، السعودية، ع 9، 1996م.
- 488- خليل، أحمد محمد: البيولوجيا الجنائية، مجلة عجمان للعلوم والتكنولوجيا، ع 01، 2001م.
- 489- الخميس، عبد الله بن عبد الواحد: مسؤولية الطبيب عن خطئه في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الإمام، السعودية، ع 26، ربيع الآخر 1420هـ.
- 490- الدبو، ابراهيم فاضل: سد الذرائع، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، السعودية، ع 9، 1996م.
- 491- الدبو، إبراهيم: حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، السعودية، ع 6، 1990م.
- 492- الديبان علي: تنزيل الأحكام على الوقائع القضائية، مجلة العدل السعودية، ع 18، 05 ربيع الآخر 1424هـ.
- 493- درادكة، ياسين: الوصية الواجبة، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، ع 05، شوال 1406هـ.
- 494- الدريني، فتحي: النظرية العامة للشريعة الاسلامية، مجلة التراث العربي، سوريا، جمادى الاخره 1405هـ.
- 495- الدريني: تقنين علم أصول الفقه يتنافى مع طبيعته ووظيفته وغايته، مجلة هدي الإسلام، الأردن، مج 34، أوت، 1990م.
- 496- دكير، محمد تهامي: إمكانية تبديل الشريعة، ثبت الملتقى الدولي الفقه والقانون، تصورات ومقترحات ومعالجات منهجية، مركز الدراسات الإسلامية لمجلس الشورى الإسلامية، إيران، ط 1، 2000م.

- 497- ذنون، ياسر باسم: دور الاستدلال المنطقي لفهم الواقع والأدلة في الدعوى المدنية، مجلة الرافدين للحقوق، العراق، ع 33، 2007م.
- 498- ذو الفقار، مصطفى: قاعدة مراعات الخلاف في الفقه الاسلامي، مجلة كلية الشريعة - جامعة ام درمان، السودان، ع 2، 2010م.
- 499- رازي، نادية: تفعيل المقاصد الشرعية في التكيف الفقهي للوقائع المستجدة، بعض المسائل في الأحوال الشخصية نموذجاً، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، الجزائر، ع 14.
- 500- الروكي، محمد: الفقه الاسلامي وفاق البحث العلمي، مجلة دار الحديث الحسنية، المغرب، ع 14، 1417هـ.
- 501- الريسوني، قطب: اضطراب الفتوى في القضايا المعاصرة، بحوث مؤتمر الفنون واستشراف المستقبل، كلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة القصيم، السعودية، شعبان 1434هـ.
- 502- الزحيلي، محمد: التعويض عن الطلاق، مجلة القضاء، العراق، السنة 34، ع 1 و 2، كانون الثاني 1979م.
- 503- الزحيلي، وهبة: الاجتهاد في عصرنا هذا من حيث النظرية التطبيق، مجلة دراسات العالم الإسلامي، ع 4، مارس 2011م.
- 504- الزحيلي، وهبة: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي، يناير 2000م.
- 505- الزباني، عبد السلام: انفتاح المذهب المالكي على المذاهب الفقهية من خلال مراعات الخلاف، ندوة (المذهب المالكي في سياقاته المعاصرة) - الرابطة المحمدية للعلماء، المغرب، مج 1، 2012م.
- 506- سالم، أحمد: تسييب الأحكام ورقابة محكمة النقض، مجلة المحاماة، مصر، ع 1، سبتمبر 1953م.
- 507- السامرائي، حاتم أحمد عباس: النوازل في مسلك العصر الحديث، مجلة كلية البنات للعلوم الإنسانية، العراق، مج 7، ع 27، السنة 7، 2011م.
- 508- سانو، قطب: الفكر المقاصدي ومناهج البحث في العلوم الانسانية والاجتماعية، مجلة الاجتهاد، دار الاجتهاد والابحاث والترجمة، لبنان، ع 59 و 60، 2003،
- 509- سانو، مصطفى قطب: قراءة تحليلية في مصطلح الاجتهاد الجماعي المنشود، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية، الامارات، ع 21، يونيو 2001م،
- 510- سعد الله، ابو بكر: من الهاتف الثابت إلى الهاتف النقال، المجلة العربية العلمية، تونس، مج 21، 2011م.

- 511- سفر، حسن بن محمد: تقنين أحكام الشريعة في التجربة الإسلامية، المجلة القضائية، السعودية، ع 03، 2011م.
- 512- سلامة، زياد أحمد: قضايا مستحدثة في الزواج، مجلة هدي الإسلام، الأردن، ع 5، 2007م.
- 513- سلامة، زياد محمود: الطلاق بواسطة وسائل الاتصال الحديثة، مجلة هدي الإسلام، الأردن، مج 55، ع 7، 2011م.
- 514- السلامي، محمد مختار: إثبات النسب بالبصمة الوراثية، ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجنوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية، الكويت، 1998م.
- 515- السلامي، محمد مختار: التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجته في الإثبات، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، مايو 2002م.
- 516- سلمان، نصر: زواج المسيار في ميزان الكتاب والسنة، مجلة الصراط، الجزائر، ع 24، 2012م.
- 517- سليمان، علي علي، حول قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية بجامعة الجزائر، الجزائر، مج 24، ع 02، جوان 1986م.
- 518- السنهوري، فرج: التلقيق بين أحكام المذاهب، مجلة الأزهر، مصر، خاص بالمؤتمر الأول لمجمع البحوث الفقهية، ج 09، سنة 35، افريل 1964م.
- 519- السنوسي، عبد الرحمن: مراعات الخلاف في الاجتهادات، مجلة البيان، لندن، ع 151، 2000م.
- 520- سنوسي، علي: التعسف في استعمال حق الطلاق، مجلة الفقه و القانون، المغرب، ع 21، يوليو 2014م.
- 521- السوسوة، عبد المجيد، ضوابط الفتوى في القضايا المعاصرة، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، ع 62، 2005م.
- 522- السيد: معين الدين: الفحص الطبي ما قبل الزواج الأسس والمفاهيم، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي، السعودية، يناير 2000م.
- 523- سينيني، محمد: تجذر الغيرية في اصل مراعات الخلاف في الفكر الاجتهادي المالكي، مجلة حوليات التراث، ع 4، 2004م.
- 524- شبيها ماء العينين، حمداتي: زراعة الغدد التناسلية وزراعة رحم امرأة في رحم امرأة أخرى، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، السعودية، الدورة السادسة، ع 6، 1990م.
- 525- شرف، عبد الحكم أحمد: المبادئ الأساسية للتنظيم القضائي المقارن، مجلة الامن والقانون المقارن، دبي، ع 1، يناير 1999م.
- 526- شكري، فريد: الاجتهاد الفقهي من الاستنباط إلى التنزيل، مجلة الإحياء، المغرب، ع 30-31، يوليو 2013م.

- 527- شكري، فريد: المفتي وفقه التنزيل، بحوث مؤتمر الفنونى واستشراف المستقبل، كلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة القصيم، السعودية، شعبان 1434هـ،
- 528- الشوريجي: حقوق الاسنان أمام القضاء في الاسلام، مجلة المحاماة، مصر، ع 7 و 8، سبتمبر واکتوبر 1991م.
- 529- الصابوني، عبد الرحمن: مدى حرمة الزوجين في الطلاق في الشريعة الاسلامية، دراسة مقارنة، دار الفكر، سوريا، ط 2، 1968م.
- 530- الصادق الحسن، شادية: حكم الإسلام في التلقيح الاصطناعي، مجلة العلوم والبحوث الاسلامية، السودان، ع 2، فبراير 2011م.
- 531- صالح، عبد الله الزبير: حكم بقاء من أسلمت مع زوجها الذي لم يسلم، المجلة العلمية للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، ايرلندا، ع 2، كانون الثاني- يناير 2003 م.
- 532- الصالحي، شوقي زكريا: الجرائم المتصورة بالنسبة لعملية التلقيح الصناعي، دار العلم والإيمان للنشر، مصر، د.ط، 2009م.
- 533- صالحى، عبد الرحيم: انعقاد الزواج بالبريد الالكتروني، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الجزائري، مجلة دفاتر السياسة، ورقة، ع 7، جوان 2012م.
- 534- الصاوي، عبد الجواد: أطوار الجنين و نفخ الروح، مجلة الإعجاز العلمي، السعودية، ع 8، يناير 2001م.
- 535- الصلابي، أسامة: مجالات البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات، مجلة كلية الآداب، جامعة قاريونس، ليبيا، ع 35، 2011م.
- 536- الضيرير، الصديق محمد الأمين: حكم الإجهاض في الشريعة الإسلامية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، سنة 05، ع 07، 1412هـ.
- 537- عارف، علي عارف: زواج المسيار، رؤية إسلامية، مجلة التجديد، ماليزيا، ع 13، 2003م.
- 538- عبد البر، محمد زكي: تقنين قواعد الفقه الإسلامي، مجلة القضاء المدني، المغرب، سنة 04، ع 07، 2013م.
- 539- عبد الرحمان، أمال كمال: إجهاض الجنين المشوه بين الطب والشرع، محكمة الدراسات العريقة، مصر، مج 4، ع 20، 2009م.
- 540- عبد العاطي، محمد عبد اللطيف: تقنين الأحكام الشرعية ضرورة عصرية، ثبت ندوة القضاء الشرعي في العصر الحديث، جامعة الشارقة، 1427هـ.
- 541- عبد العزيز، محمد كمال: تقنين الشريعة الإسلامية، مجلة المحاماة، مصر، سنة 68، سبتمبر واکتوبر، 1988م.

- 542- عبد العظيم، صالح: الانترنت ولغة حجرات الدردشة، مجلة العلوم الانسانية، مصر، ع 12، 2006م.
- 543- عبد اللطيف، وجدي، وآخرون: الابعاد الاجتماعية لاستخدامات الشباب لغرف الدردشة الإلكترونية، مجلة الشرق الأوسط، مصر، ع 26، 2010م.
- 544- عبد المجيد سعيد، عقيل وآخرون: التكيف الفقهي للإجهاض، دراسة شرعية طبية، مجلة البحوث والدراسات الإسلامية، ديوان الوقف السني، العراق، ع 36، 2014م.
- 545- عبد المجيد، قاسم: فقه النوازل وفقه الواقع مقاومة الضوابط والشروط، بحوث مؤتمر الفنوى واستشراف المستقبل، كلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة القصيم، السعودية، شعبان 1434هـ،
- 546- العبد، خليل: أثر مآلات الأفعال في تكييفها الشرعي، مجلة دراسات العلوم الانسانية، الاردن، ع 3، 1989م.
- 547- العبدلاوي: أسس تقنين الفقه ومنهجيته، مجلة الأكاديمية، المغرب، ع 20، 2003م.
- 548- العبدلي، سفيان: الاغتصاب الزوجي على ضوء القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية لحماية حقوق الإنسان، مجلة الجنان لحقوق الإنسان، بيروت، ع 8، حزيران 2015م.
- 549- العبيد، ماجدة: مواقع التواصل الاجتماعي وتأثيرها على العلاقات الاجتماعية، مجلة الحكمة، الجزائر، ع 26، 2014م.
- 550- العبيدي، طاهر: الحماية الجنائية للجنين في الشريعة والقانون، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، السعودية، مج 22، ع 44، رجب 1428هـ.
- 551- العبيدي، مجيد: الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون، مجلة الأنبار، العراق، مج 1، ع 3، 2009م.
- 552- العتيبي، خالد بن شجاع وأيمن، عمر: حجية الاستحسان عند المالكية والحنابلة، مجلة دار العلوم جامعة القاهرة. مصر، ع 55، 2010م.
- 553- العجلوني، عبد المهدي: تقنين الأحكام الشرعية وأثره على مكانة النص الشرعي، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، مج 29، ع 98، 2014م.
- 554- عرب، عبد الحي: أثر العرف والعادة في الفتوى، مجلة الأمن والقانون، الامارات، ع 2، 2005م.
- 555- عرفة، محمد السيد: حسن السيرة والسلوك ضرورة أمنية، مجلة الأمن والحياة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، ع 201، صفر 1420هـ.
- 556- العريمية، بدرية: أدوات التواصل الالكتروني وتوظيفها تربويا، مجلة التطوير التربوي، عمان، سنة 10، ع 67، ديسمبر 2011م.
- 557- عزام، حمدي محمود: الوصية الواجبة، مجلة المحاماة، مصر، سنة 37، ع 8، أبريل 1957م.
- 558- عطية، جمال الدين: تاريخ تقنين الشريعة الاسلامية، مجلة المسلم المعاصر، مصر، ع 11، 1977م.

- 559-** العقيلية، زيد محمود: حجة الرسائل الالكترونية المرسلة من خلال الهاتف النقال في اثبات التعاقد في التشريع الاماراتي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، مصر، ع 1، 2010م.
- 560-** عقلة، محمد: حكم اجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، الهاتف البرقية التلكس، مجلة الشريعة، الكويت، ع 7، 1986م.
- 561-** عمرو، خليل: ازدواجية الطلاق بين الشريعة والقانون لما يكون بإرادة الزوج والاثار المترتبة عنه، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، جامعة زيان عاشور، الجزائر، ع 19، 2014م.
- 562-** العوضي، صديقة ومحمد نجيب، كمال: زراعة الأعضاء التناسلية والغدد التناسلية للمرأة والرجل، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، السعودية، الدورة السادسة، ع 6، 1990م.
- 563-** عوين، زينب أحمد: حجية البصمة الوراثية كدليل أدانة، مجلة كلية الحقوق بجامعة النهدين، العراق، ع 2، كانون الثاني 2016م.
- 564-** غاوش، أحمد: المالكية وتأصيل الاعتراف بالاختلاف الفقهي. مراعات الخلاف أنموذجا، مجلة الاحياء، ع 36.
- 565-** الغفيلي، عبد الرحمن بن صالح بن محمد: حكم زواج المسيار، مؤتمر التفكير العلمي وقيم التقدم في الأسرة، مصر، 2009م.
- 566-** فاروق الدسوقي، محمد: علماء ازهريون يرفضون فتوى عميد كلية الشريعة بتحليل زواج الانترنت، مجلة الوعي الاسلامي، ع 465، 1425هـ.
- 567-** الفاسي، علال: مقاصد الشريعة ومكارمها، دار العرب الإسلامي، ط 5، 1993م.
- 568-** فتح الله سعيد، سعيد: البصمة الوراثية في ضوء الإسلام ومجالات الاستفادة منها، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي، السعودية، يناير 2000م.
- 569-** فراج، عبد الرحمان: تقنيات الهاتف الخليوي للمكاتب، مجلة دراسات المعلومات، السعودية، ع 13، يناير 2012م.
- 570-** فركوس، محمد علي: في حكم زواج المسيار، مجلة الإصلاح، الجزائر، ع 32، 2012م.
- 571-** الفضلي، عبد الهادي: الاجتهاد دراسة فقهية لظاهرة الاجتهاد الشرعي، مجلة المنهاج، مركز الغدير للدراسات الاسلامية، لبنان، ع 19، 1379هـ.
- 572-** فيض الله، فوزي: التلقيح الاصطناعي، مجلة الوعي الإسلامي، الكويت، ع 259، رجب 1406هـ.
- 573-** الفيفي، سلمان بن محمد: الأثر الفقهي للخلاف في حجية الاستحسان، حولية مركز البحوث والدراسات الاسلامية، جامعة القاهرة، مصر، مج 06، ع 14، 2010م.

- 574- قاسم، عبد الرشيد محمد أمين: البصمة الوراثية وحجيتها، مجلة العدل، السعودية، ع 23، رجب 1425هـ.
- 575- القاضي، محمود: العيوب التي ترد على تسبيب الأحكام، مجلة القضاء، العراق، ع 2، كانون الثاني 1944م.
- 576- القاضي، محمود: تسبيب الأحكام، مجلة القضاء، العراق، ع 1، آذار 1966م.
- 577- القحطاني: التكيف الفقهي للأعمال المعاصرة، مفهومه وضوابطه، مجلة العدل السعودية، ع 28، شوال 1426هـ.
- 578- القحطاني، محمد بن سعيد بن عبدالله آل مثير: المعيار في بيان أقسام نكاح المسيار، مجلة العدل، السعودية، ع 51، 2011م.
- 579- القحطاني، مسفر: إجهاض الجنين المشوه وحكمه في الشريعة الإسلامية، مجلة الشريعة للدراسات الإسلامية، الكويت، مج 18، ع 54، 2003م.
- 580- القحطاني، مسفر: إجهاض الجنين المشوه، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الكويت، الكويت، ع 54، 2003م.
- 581- القرضاوي، إسلام المرأة دون زوجها، هل يفرق بينهما؟، المجلة العلمية للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، أيرلندا، ع 2، كانون الثاني - يناير 2003 م.
- 582- القرضاوي، يوسف: حول زواج المسيار، مجلة الرابطة، السعودية، ع 482، رجب 1427هـ.
- 583- القره داغي، علي محيي الدين: البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي، يناير 2000م.
- 584- القره داغي، علي محيي الدين: الفحص الطبي قبل الزواج، المجلة العلمية لمجلس الإفتاء الأوربي، أيرلندا، ع 7، يونيو 2005م.
- 585- القصبي، أحمد: إمكانية نقل الأعضاء التناسلية في المرأة، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، السعودية، الدورة السادسة، ع 6، 1990م.
- 586- القضاة، شرف: متى تنفخ الروح في الجنين، مجلة دراسات، الأردن، مج 13، ع 12، 1986م.
- 587- القضاة، محمد: طلاق التعسف في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، مجلة الدراسات في التعليم الجامعي، مصر، ع 4، 1996م.
- 588- القويزي: محمد صالح: أنواع التفسير وطرقه والقواعد العامة في تطبيقه، مجلة القضاء، العراق، ع 3، تموز 1975م.
- 589- كاسب، مصطفى: إسلام الزوجة وبقاء الزوج على دينه، مجلة دار الافتاء، مصر، ع 1، يوليو 2009م.

- 590- الكردي، أحمد:** الهندسة الوراثية في النبات والحيوان وحكم الشريعة الإسلامية فيها، ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني، رؤية إسلامية، الكويت، 1998م.
- 591- كمال الدين، مصطفى:** الأنكحة المستحدثة وكيف نظر إليها المجمع الفقهي الإسلامي، مجلة الرابطة، السعودية، ع 481، رجب 1427هـ.
- 592- الكيلاني، جمال أحمد:** حكم إجهاض الجنين المشوه، في الفقه الإسلامي، مجلة الأقصى بجامعة النجاح، فلسطين، ع 2، 2005م.
- 593- الكيلاني، جمال:** الاثبات بالمعاينة، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، فلسطين، ع 16، 2002م.
- 594- الكيلاني، عبد الرحمن:** تحقيق المناط عند الأصوليين وأثره في اختلاف الفقهاء، مجلة الشريعة للدراسات الإسلامية، الكويت، ع 58، 2004م.
- 595- مازحسن، طالب:** القاضي الجزائري بين واجب الحماية والحاجة إليها، مجلة الفقه والقانون، الجزائر، ع 14، 2013م.
- 596- مالك، مهلب بركات:** زواج المسيار، مجلة المنبر، السودان، ع 5، 2008م.
- 597- مبارك العجب، محمد:** شبكات الجيل الخامس، كيف تغير حياتنا، مجلة المال والاقتصاد، السودان، ع 77، 2015م.
- 598- مبروك، المصري:** إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دراسة وتحليل، مجلة دار العلوم للغة العربية وآدابها والدراسات الإسلامية، مصر، مج 16، ع 33، 2009م.
- 599- المحمادي، علي:** أثر الأدلة العقلية في تخريج الأحكام الشرعية للنوازل الطبية، حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية بجامعة القاهرة، مصر، ع 10، 2009م.
- 600- محمد، بكر إسماعيل:** مقاصد الشريعة تأصيلاً وتفعيلاً، رابطة العالم الإسلامي، السعودية، سلسلة فكرة الحق، ع 213، 1427هـ.
- 601- المدخلي، منصور:** الكشف الطبي قبل النكاح وآثاره الفقهية والطبية والنظامية، مجلة الحكمة، السعودية، ع 38، 2009م.
- 602- المذكرة التفسيرية لمشروع قانون الوصية،** المرفوعة من مجلس الوزراء إلى البرلمان (المصري)، مجلة المحاماة، مصر، ع 5 و 6 و 7، ربيع الأول و ربيع الثاني و جمادى الأولى 1365هـ.
- 603- مراد، عبد الفتاح:** أصول التكييف في المواد الجنائية، مجلة المحاماة، مصر، سبتمبر، ع 7 و 8، أكتوبر 1991م.
- 604- المرزوقي، صالح بن زاین:** المجمع الفقهي الإسلامي ينهي دورته 18، مجلة الرابطة، السعودية، ع 479، ربيع الثاني 1427هـ.
- 605- المشهداني، مؤيد و سلوان، رمضان:** أوضاع لجزائر خلال الحكم العثماني 1518-1830م، مجلة الدراسات التاريخية والحضارية بجامعة تكريت، العراق، مج 05، ع 16، نيسان 2013م.

- 606- المصري، مبروك: الوصية الواجبة "التنزيل"، دراسة تأصيلية، مجلة المعيار، كلية أصول الدين والشريعة، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، ع09، جويلية 2004م.**
- 607- مصطفى، أحمد عبد الله: الانترنت واستراتيجيات البحث من خلالها، مجلة عالم المعلومات والمكتبات، مصر، مج 05، ع1، 2003م.**
- 608- مطر، احلام ابراهيم: عقد النكاح بوسائل الاتصال الحديثة، المؤتمر العلمي الأول لطلاب وطالبات التعليم العالي، 15-3-1423هـ.**
- 609- مقدادي، منصور: الاستحسان: حقيقته وتطبيقاته عند الشافعية، مجلة دراسات كلية علوم الشريعة والقانون، الاردن، مج37، ع1، 2010م.**
- 610- المهداوي: علي أحمد صالح: التكييف وأثره في القانون تشريعا وتطبيقا، دراسة في التفريق القضائي بين الزوجين للعيب، مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات جامعة الزرقاء، الأردن، مج5، ع2، 2003م.**
- 611- الميس، خليل: سد الذرائع، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، السعودية، ع 9، 1996م.**
- 612- الميمان، ناصر بن عبد الله: نظرة فقهية للإرشاد الجيني، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها، السعودية، مايو 2000م.**
- 613- ميمني، وجنات: الرسول بين التبليغ والفتيا والقضاء. حولية مركز البحوث والدراسات الإسلامية. س 7، ع 20**
- 614- نايفة، منير وآخرون: الصوت والصورة والفيديو ولغة الجافا، المحكمة العربية العلمية، تونس، مج 2، ع 4، 1998م.**
- 615- نايفة، منير وغيره: البريد الالكتروني والحديث وحلقات النقاش، المجلة العربية العلمية، تونس، مج 1، ع 2، 1997م.**
- 616- نبيل، عمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، د.ط، 2002م.**
- 617- النتشة، محمد عبد الجواد: نقل أعضاء إنسانية لها خصوصية، مجلة الحكمة، السعودية، ع19.**
- 618- النجار، عبد المجيد: المقتضيات المنهجية لتطبيق الشريعة في الواقع الإسلامي الراهن، مجلة المسلم المعاصر، مصر، ج 27، ع 105، 2002م.**
- 619- النجار، عبد المجيد: الثبات والتغيير في الحكم الشرعي وعلاقتها بالزمان والمكان، مجلة الصراط، كلية العلوم الإسلامية- جامعة الجزائر، الجزائر، سنة09، ع15، جويلية 2007م.**
- 620- نجم، سالم: المدخل الإسلامي للهندسة الوراثية البشرية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ع 10، 2005م.**

- 621-** نجم، عبد الواحد: البصمة الوراثية في ضوء الإسلام ومجالات الاستفادة منها، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي، السعودية، يناير 2000م.
- 622-** النجيمي، محمد: حكم ابرام عقود الأحوال الشخصية والعقود التجارية عبر الرسائل الإلكترونية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السعودية، 60، 2003م.
- 623-** الندوة الفقهية الخامسة، مجلة الوعي الإسلامي، الكويت، ع 305، جمادى الأولى 1410هـ.
- 624-** النشمي، عجيل حاسم: الاستحسان حقيقة ومذاهب الأصوليين فيه، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت ع 1، 1984،
- 625-** نصيرات، وائل محمد: اثر مخالفة ضوابط تسبب الأحكام الجزائية، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات القانون العليا جامعة عمان، الأردن، 2007م.
- 626-** نعوم، مراد: من معوقات الممارسة القضائية في التشريع الاجرائي الاسري، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، الجزائر، ع 10، جوان 2013م.
- 627-** النفسية، عبد الرحمن: الفحص الطبي قبل الزواج ومدى مشروعيته، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السعودية ع 62، 2004م.
- 628-** نهالي، حفيظة، تعديلات قانون الأسرة بين الدافع والضرورة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية بجامعة الخلفة، الجزائر، ع 4، 2010م.
- 629-** الهاجري، مسلط: الفحص الطبي قبل الزواج في القانون الكويتي، مجلة مركز البحوث والدراسات الإسلامية، جامعة القاهرة، مصر، ع 35، يناير 2013م.
- 630-** الهاللي، سعد الدين: إجهاض جنين الاغتصاب، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، الكويت، ع 15، 41، 2000م.
- 631-** الهاللي، سعد الدين: البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي، السعودية، يناير 2000م.
- 632-** الهاللي، سعد الدين: قضية إجهاض جنين الاغتصاب في الفقه الإسلامي، مجلة الوعي الإسلامي، الكويت، ع 413، محرم 1421هـ.
- 633-** هوساوي، سلمى بنت محمد: مسائل في المستجدات في النكاح، مجلة الدراسات العربية، مصر، ع 26، 2011م.
- 634-** واصل، محمد أحمد: الكشف الطبي في عقد النكاح، مجلة العلوم الشرعية، السعودية، ع 2، يوليو 2011م.
- 635-** واصل، نصر فريد: مدى مشروعية توقف توثيق عقد الزواج الشرعي في الوثائق الرسمية المعدة لذلك على شهادة أهل الاختصاص الطبي بخلو الزوجين أو أحدهما من الأمراض الوراثية، أعمال وبحوث الدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي، السعودية، يناير 2003م.

- 636-** وهبة الزحيلي: حكم اجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، السعودية، ع6، 1990.
- 637-** وورقية، عبد الرزاق: التنوير المقاصدي والعلوم الانسانية، مجلة المسلم المعاصر، مصر، مع30 ع118، أكتوبر 2005
- 638-** ياسين، محمد نعيم: حقيقة الجين و حكم الانتفاع به في زراعة الأعضاء، مجلة الشريعة و الدراسات الإسلامية، الكويت، مج7، ع17، 1990م.
- 639-** اليحي، فهد بن عبد الرحمن: منهج الفتوى في القضايا الفقهية المعاصرة، بحوث مؤتمر الفتوى واستشراف المستقبل، كلية الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة القصيم، السعودية، شعبان 1434هـ.

ثاني عشر - قرارات المجمع الفقهية:

- 640-** القرار الثاني للمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بشأن التلقيح الاصطناعي: مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ع10، ص337.
- 641-** قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، رابطة العالم الإسلامي، السعودية، ط02، 2004م.
- 642-** قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 6/8/59 بشأن الأعضاء التناسلية، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، ع6، 1990، ج3، ص2155.
- 643-** قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم (4) د 86/7/3 بشأن أطفال الانابيب، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، ع3، 1987، ج1، ص515.

ثالث عشر - فقه اللغة والمعاجم:

- 644-** أبو عبيد، عبد الله: سمط اللآلي في شرح أمالي القالي، دار الكتب العلمية، لبنان، د.ط، د.ت.
- 645-** ابن القاضي: كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، مكتبة لبنان ناشرون، لبنان، ط1، 1996م،
- 646-** ابن حيان، محمد: تحفة الأريب بما في القرآن من الغريب، المكتب الإسلامي، لبنان، ط1، 1983م.
- 647-** ابن دريد، أبو بكر: جمهرة اللغة، دار العلم للملايين، لبنان، ط1، 1987.
- 648-** ابن سيده: المخصص، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ط1، 1996م.
- 649-** ابن سيده، أبو الحسن: المحكم والمحيط الأعظم، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1986م،
- 650-** ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، سوريا، د.ط، 1979م،

- 651- ابن فارس، أحمد: **مجمل اللغة**، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط 2، 1986م.
- 652- ابن منظور: **لسان العرب**، تصنيف يوسف خياط وندم مرعشلي، دار لسان العرب، بيروت، د.ط، د.ت.
- 653- ابن مهران: **معجم الفروق اللغوية**، مؤسسة النشر الإسلامي، إيران، ط 1، 1412هـ.
- 654- بن مزار: **الجيم**، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، مصر، د.ط، 1974م.
- 655- **التهانوي: التعريفات**، مكتبة لبنان، لبنان، ط 1، 1996م.
- 656- **الجرجاني: التعريفات**، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1983م.
- 657- **الرازبي: مختار الصحاح**، تصحيح: أحمد شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1994م.
- 658- **الزبيدي: تاج العروس**، دار الهداية، مصر، د.ط، د.ت.
- 659- **الزيات**، أحمد وآخرون: **المعجم الوسيط**، دار الدعوة، مصر، د.ط، د.ت.
- 660- **عبد الحميد**، أحمد مختار: **معجم اللغة العربية المعاصرة**، عالم الكتب، لبنان، ط 1، 2008م.
- 661- **عبد الحميد**، أحمد: **معجم الصواب اللغوي**، عالم الكتب، مصر، ط 1، 2008م.
- 662- **الفارابي: الصحاح**، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، لبنان، ط 4، 1987،
- 663- **الفارابي: معجم ديوان الأدب**، مؤسسة دار الشعب للطباعة والنشر، مصر، د.ط، 2003م.
- 664- **الفراهيدي**، الخليل: **العين**، دار ومكتبة الهلال، السعودية، د.ط، د.ت.
- 665- **الفيروز ابادي**، مجد الدين: **القاموس المحيط**، مؤسسة الرسالة، لبنان ط 8، 2005م.
- 666- **الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، المكتبة العلمية، لبنان، د.ط، د.ت.
- 667- **القلعجي وآخرون: معجم لغة الفقهاء**، دار النفائس، الاردن، ط 2، 1988م.
- 668- **الكفوي: الكليات**، مؤسسة الرسالة، لبنان، د.ط، د.ت.
- 669- **مجمع اللغة العربية: معجم القانون**، هيئة المطابع الأميرية، مصر، د.ط، 1990م.
- 670- **المنائي**، زين الدين: **التوقيف على مهمات التعريف**، عالم الكتب، مصر، ط 1، 1990م.
- 671- **الهروي**، ابن منصور: **تهذيب اللغة**، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ط 1، 2001م.

رابع عشر-السيرة:

- 672- **ابن القيم**، الجوزية: **زاد المعاد**، دار الريان للتراث، مصر ط 2، 1987م.
- 673- **ابن كثير: السيرة النبوية**، دار المعرفة للطباعة والنشر، لبنان، د.ط، 1992م.
- 674- **ابن هشام: السيرة النبوية**، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر ط 2، 1955م.

خامس عشر-التاريخ و السير:

- 675- أبو زهرة: الإمام مالك، دار الفكر العربي، مصر، ط2، د.ت.
- 676- أبوزهرة: الشافعي: حياته وعصره، دار الفكر العربي، مصر ط 2، 1978م.
- 677- أبو القاسم، سعد الله: تاريخ الجزائر الثقافي، دار الغرب الاسلامي، لبنان، ط 1، 1998م.
- 678- أبو القاسم، سعد الله: محاضرات في تاريخ الجزائر الحديث، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 3، 1982
- 679- ابن الأثير: الكامل في التاريخ، دار الكتاب العربي، لبنان ط 1، 1997م.
- 680- ابن الجوزي: المنتظم في تاريخ الأمم والملوك. دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1992م.
- 681- ابن المفتي، حسين: تقييدات ابن المفتي في تاريخ باشوات الجزائر وعلمائها، بيت الحكمة، الجزائر، ط 1، 2009م.
- 682- ابن خلدون: ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر، دار الفكر، لبنان، ط 2، 1988م.
- 683- ابن عبد الحكيم، عبد الله، سيرة عمر بن عبد العزيز، عالم الكتب، لبنان، ط6، 1404هـ.
- 684- ابن عساكر: تاريخ دمشق، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، د.ط، 1995م،
- 685- ابن كثير: البداية والنهاية. ار إحياء التراث العربي، لبنان، ط 1، 1988م.
- 686- بلاح، البشير: تاريخ الجزائر المعاصر من 1830 إلى 1989م، دار المعرفة، الجزائر، د.ط، 2006م.
- 687- بلتاجي، محمد: منهج عمر بن الخطاب في التشريع، دراسة متنوعة لفقته عمر وتنظيماته، دار الفكر العربي، لبنان، د.ط، 1969م.
- 688- خوجة، حمدان: المرأة، تقدم محمد العربي الزبير، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، د.ط، 2006م.
- 689- الطبري، تاريخ الطبري، دار التراث، لبنان، ط 2، 1387هـ.
- 690- عمورة، عمار: موجز في تاريخ الجزائر، دار ربحانة، الجزائر، ط 1، 2002م.
- 691- المدني، أحمد توفيق: كتاب الجزائر، المطبعة العربية، د.م، د.ط، د.ت.

سادس عشر - كتب طبية عربية:

- 692- البار، محمد علي: الأمراض الجنسية، أسبابها وعلاجها، دار المنارة، السعودية ط 2، 1986م.
- 693- البار، محمد: خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية، السعودية، ط4، 1983م.
- 694- البار، محمد علي: مشكلة الإجهاض، الدار السعودية، ط1، السعودية، 1985م.
- 695- الجنزوري، منير علي: الجينات وبيولوجيا الأمراض الوراثية، دار المعارف، مصر، ط1، 2007م.
- 696- علوجي، صباح ناصر: علم وظائف الاعضاء، دار الفكر، عمان، ط 3، 2014م.

- 697- فريحات، حكمت عبد الكريم: **تشرح جسم الانسان**، دار الشروق، عمان، ط 1، 2000م.
- 698- كنعان: **الموسوعة الطبية الفقهية**، دار النفائس، الأردن، د.ط، د.ت.
- 699- مرجبا، اسماعيل: **البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية**، دار بن الجوزي، السعودية، ط1، 1429هـ.

سابع عشر - كتب طبية أجنبية:

- 700- A. J. Rodriguez: **Current Topics Intropical Medicine**, Intech, Croatia, 1st ed, 2012.
- 701- C.R.Calladine et autres: **Understanding DNA**, ELSEVIER, Academic Press, 3rd éd, London, 2004.
- 702- D. Figurski: **Genitic Manipulation Of DNA And Protein**, Intech, Croatia, 1st ed, 2013.
- 703- D. Gauzeran: **Lésions A Risque & Cancers De La Bauche**, CDP, france, 2007.
- 704- D.P. Karanfliska: **Human Genitic Diseases**, Inteck, Croatia, 1st ed, 2011.
- 705- D.S. Silverberg: **Anemia**, Intech, Croatia, 1st ed, 2012.
- 706- D.S.T.Nicholl: **An Introduction To Genetic Engineering**, Cambridge University press, 3rd éd, Cambridge, 2008.
- 707- G. D. Macel: **Herpesviridae**, Intech, Croatia, 1st ed, 2012.
- 708- G. Grors, S.Tyring: **Sexually Transmitted Infections and Sexually Transmitted Diseases**, Springer Publishing Company , Berlin , 2011.
- 709- G. R. Monif: **Infections Diseases In Obstetrics And Gynecology**, The Parthenon Pub.Group, USA, 5th ed, 2005.
- 710- -J. Austruc & autres: Association Des Professeurs De Pathologie Infectieuse & Tropicale: **Malades Infectieuses**, France, 4^e ed, 1994.
- 711- J. Card, A. Amarillas: **The Complete Hiv/Aids Teaching kit**, Springer Publishing Company, USA, 2008.
- 712- J. D. Watson: **DNA, The Secret Of Life**, Alfred A. Knop, New York, 2003.
- 713- J. H. Stokes: **Today's World Problem In Diseases Prevention**, United State Pub Service, USA, 1919.
- 714- J. Maddock: **Social And Behavioral Health**, Intech, Croatia, 1st ed, 2012.
- 715- J. S. Remington: **Infections diseases of the fetus and Newborn infant**, Elsevier Inc, USA ,7th ed, 2011.
- 716- J. Shoquist, D. Stafford: **The Encyclopedia Of Sexually Transmitted Diseases**, Facton File Inc , USA, 1st ed, 2004.
- 717- J.D. Watson: **DNA, The Secret Of Life**, Knopf, Newyork, 1st ed, 2004R. Choy: **Parental Diagnosis**, Intech, Croatia, 2012.
- 718- K. J. Ryan and C. G. Ray: **Sherris Medical Microbiology, An introduction to infectuous Diseases**, McGraw – Hill, USA, 4th ed.
- 719- K.L.Ghatak: **Techniques And Methods In Biology**, PHI Learning Private Limited, New Delhi, 2011.

- 720-** M. Tibayrenc: **Encyclopedia of Infuauus Diseases**, Wiley-Liss, USA, 1st ed, 2007.
- 721-** M.M Read: **Focus On DNA, Fingerprinting Research**, Nova science publishers, New York, 2006.
- 722-** N. Malla: **Sexually, Transmitted Infection**, Intech, Croatia, 1st ed, 2012.
- 723-** N. S. Sato: **Syphilis, Recognition, Description And Diagnosis**, Intech, Croatia, 1st ed, 2011.
- 724-** N.S. Templeton: **Gene And Gell Therapy**, CRC Press, London, 3 ed, 2009.
- 725-** R. L. Chin: **Emergency Managements of Infections Diseases**, Cambridge University Press, UK, 1st ed, 2008.
- 726-** R. L. Guerrant: **Tropical Infectons Diseases**, Elsevier Inc, USA, 2nd ed, 2006.
- 727-** R.E. Werss: **Genitic Diagnossis Of Endocrine disorders**, Academic Press, U.S.A, 1st ed, 2010.
- 728-** S.L. Blachford: **The Gale Encyclopedia Of Genitic Disorders**, The Gale Group, U.S.A, 1st ed, 2002.
- 729-** T. Demira: **Innovations In Stem Cell, Transplantation**, Intech, Croatia, 2013.
- 730-** T.F. Kresina: **An introduction to Molecular, Medicine and gene therapy**, Wiley- liss, London, 2001.
- 731-** Word Health Grganisation: **Statistiques Sanitaire Mondiale**, 2012, OMS, Swisse, 2012.
- 732-** Word Health Organization: **Health, Situation Analysis The African Region**, Replika Press pvt. India, Ltd, 2011.
- 733-** Y. W. Tang: **Recent translation Research in Hiv**, Intech, Croatia, 1st ed, 2011.

ثامن عشر - المراجع القانونية العربية

- 734-** أبو الوفا، أحمد: **المرافعات المدنية والتجارية**، دار المطبوعات الجامعية، مصر، د.ط، 2002م.
- 735-** أبو الوفا، أحمد: **نظرية الأحكام في قانون المرافعات**، منشأة المعارف، مصر، ط 6، 1986م.
- 736-** آث ملويا، حسين: **المرشد في قانون الأسرة**، دار هومة، الجزائر، د. ط، 2014،
- 737-** أعراب، بلقاسم: **القانون الدولي الخاص**، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2002م.
- 738-** بربارة، عبد الرحمان، **شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، منشورات بغداددي، د.ط، 2009م.
- 739-** بلحاج، العربي: **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط5، 2007م.
- 740-** بلحاج، العربي: **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، وفق آخر التعديلات، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط6، 2010م.
- 741-** بن شويخ، الرشيد: **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل**، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2009م.

- 742- بوشير، محمد أمقران: النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 2، 1994م.
- 743- بوضياف، عمار: المدخل للعلوم القانونية، دار ربحانة، الجزائر، ط 2، 2001م.
- 744- التحيوي، محمود: النظام القانوني لأوامر وأحكام القضاء وطرق الطعن فيها، دار النهضة، مصر، 2000م.
- 745- التحيوي، محمود: نظام القضاء المدني، دار المطبوعات الجامعية، مصر، د.ط، 2001م.
- 746- حمدي، عبد الرحمن: مبادئ القانون، دار النهضة، مصر، د.ط، 2003م.
- 747- خليل خير الله، محمد: الواقعة سبب من أسباب الحقوق، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 2011م.
- 748- الداودي، غالب: المدخل إلى علم القانون، دار وائل للنشر، الاردن، ط 7، 2004م.
- 749- درة، ماهر: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، المكتبة القانونية، مصر، د.ط، د.ت.
- 750- ديب، محمود عبد الرحيم: أسس الاثبات المدني، دار الجامعة الجديدة، مصر، ط 1، 2014م.
- 751- الداودي، غالب علي، والهداوي، حسين محمد: القانون الدولي الخاص، وزارة التعليم والبحث العلمي، العراق، د.ط، 1982م.
- 752- رسلان، نبيلة اسماعيل: أصول الاثبات، دار النهضة العربية، مصر، د.ط. 2004م.
- 753- السرطاوي، محمود: شرح قانون الاحوال الشخصية، دار الفكر، الاردن، ط 3، 2010م.
- 754- سعد، عبد العزيز، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2007م.
- 755- سعد، نبيل: المدخل إلى القانون منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط 1، 2010م.
- 756- السعيد، كامل: شرح قانون العقوبات، الجرائم الواقعة على الإنسان، دار الثقافة، الأردن، ط 2، 2008م.
- 757- السنهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، مصر د.ط، 1968م.
- 758- شحاته، محمد عبد الهادي: سلطة التكييف في القانون الإجرائي: دراسة مقارنة في القوا، الإجرائية المدنية والجنائية والإدارية، دار النهضة العربية، مصر، د.ط، 1993م.
- 759- الصاوي، أحمد: الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار النهضة العربية، مصر، د.ط، 2010م.
- 760- طليس، صالح: المنهجية في دراسة القانون، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ط 1، 2010م.
- 761- عبد السلام، سعيد سعد: فكرة العقود المدنية الناشئة عن الإنجاب الصناعي، دار الكتب، مصر، د.ط، 2000م.
- 762- عبدلي، سفيان: ضمانات استقلالية السلطة القضائية دار الجزائر، الجزائر ط 1، 2011م.

- 763- العربي، بلحاج: أحكام المواريث في التشريع الاسلامي وقانون الأسرة الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3 الجزائر، 2008م.
- 764- عليوش، قريوع كمال: القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ط1، دار هومة، الجزائر، 2006م.
- 765- القاري، أحمد بن عبد الله: مجلة الأحكام الشرعية، مطبوعات تهامة، السعودية، ط3، 2005م.
- 766- لوعيل، محمد الامين، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2010م.
- 767- مرسي، أشرف جابر: موجز أصول الاثبات، دار النهضة العربية، مصر، د.ط. 2003م.
- 768- منصور، محمد حسين: المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة، مصر، د.ط، د.ت.
- 769- منصور، محمد: مبادئ القانون، دار الجامعة الجديدة، مصر، ط1. 2006م.
- 770- النجار، عبد الله: أصول القواعد القانونية، المعهد العالي للدراسات، مصر، ط1، 2006م.
- 771- نجم، محمد صبحي: شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط5، 2004م.
- 772- الهداوي، حسن: القانون الدولي الخاص، دار الثقافة، الأردن، د.ط، 1997،
- 773- الهندي، أحمد: أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، د.ط، 2006م.

تاسع عشر- المراجع القانونية الأجنبية

- 774- A. Delblond: **Droit Administratif**, Larcier, France, 2002.
- 775- A. Delebecque: **Bulltin Des Lois Et Arrêts**, Bruylant, Bruxelles, 1859.
- 776- A. Flückiger et D. J. Daniel: L'Elaboration Rationnelle Du Droit Privé: **De La Codification A La Légistique**, Christine Chappuis, Bénédict Foëx, Luc Thévenoz. Le législateur et le droit privé: colloque en l'honneur du professeur Gilles Petitpierre. Genève: Schulthess, 2006.
- 777- C. Collot: **Les Institutions De L'Algerie Durant La Periode Coloniale**, C.N.R.S, France, 1987.
- 778- C. Tahri: **Procédure Civile**, Bréal, France, 2007.
- 779- C. Viollot: **Cotumes Et Institution De L'Algerie**, Challamel, France, 1871.
- 780- Conseil De L'Europe: **Pouvoir Discretionnaire De L'Administration Et De Problèmes De Responsabilité**, Edition Conseil De L'Europe, France, 1997.
- 781- D. Borne et B. Falaise : **Religions Et Colonisation**, L'Atelier, France, 2009.
- 782- D. Changnolland et autres: **Dictionnaire Elémentaire Du Droit**, Dalloz, France, 2014.
- 783- E. Huber: **Code Civil Suisse: exposé des motifs**, Buchler. Berne. 1902.

- 784-** F. Hawkins et M. Elder: **Human Fertility Control**, Butterworth, London, 1 ed, 1979.
- 785-** F. Bacon: **Ouvres De Bacon: De La Dignité Et De L'Accroissement De La science**, Charpentier libraire, Paris, 1852.
- 786-** F. Kuty: **L'Impartialité Du Juge En Procédure Pénale**, Bruxelles, 2005.
- 787-** F. Muriel: **L' Argumentation En Droit , Introduction Au Droit**, Presse Universitaire, France 2014.
- 788-** F. Pouillon: **Dictionnaire Des Orientalistes De Langue Fransaise**, Karthala, France, 2008.
- 789-** F. Rigaux: **Loi Des Juges** , Odile Jacob, France, 1997.
- 790-** F. Farago: **Traité Du Gouvernement Civil**, Bréal, France, 2002.
- 791-** G. Couchez: **Procédure Civile**, Dalloz, France, 17 ed, 2014.
- 792-** H. Leila: **Les Difficultés De Codification Du Droit De La Famille Algérienne** , Revue Internationale De Droit Comparé, Algérie, V 37, N 4, Octobre-Décembre 1985.
- 793-** J. Barbier: **Itinéraire Historique Et Descriptif De L'Algerie**, Hachette, France, 1855.
- 794-** J. L. Aubert: **Introduction Au Droit Et Theme Fondamentaux Du Droit Civil**, Siery, France, 15 ed, 2014.
- 795-** J. Louis Bergad: **Théorie Générale Du Droit**, Dalloz, France, 5 ed, 2012.
- 796-** L. Galibert: **Histoire De L'Algerie**, Furne Libraires, France, 1843.
- 797-** L. Glibert: **Histoire De L'Algerie Ancienne Et Moderne**, Furne, France, 1843.
- 798-** M. Cumyn: **Les Catégories, La Classification Et La Qualification Juridiques, Réflexions Sur La Systématique Du Droit**, Les Cahier De Droit, France, vol. 52, n 3-4, 2011.
- 799-** M. F. Magnan: **Introduction Au Droit**, PUF. France, 2 ed, 2014.
- 800-** M. Gébler: **Effets Du divorce** ,Conséquences Du Divorce Pour Les Enfants , Aspects Extra – Patrimoniaux ,Juris–Classeur, France ,1997
- 801-** M. Parquet: **Introduction Générale Au Droit** , Bréal. France, 4 ed, 2007 .
- 802-** M. Renard: **Experiences Musulmanes Des Droit Et de La Justice Dans Le Champs Religieux En Algerie Coloniale**, L'Atelier, France, 2009.
- 803-** Montesquieu: **De L'esprit Des Lois**, A. Belin libraire. France. 1817.
- 804-** Montesquieu: **Ouvres Completes De Montesquieu, L'esprit Des Loi**, Librairie de L'hashette, France, 1859.
- 805-** R. Cabrillac: **Liberté Et Droits Fondamentaux**, Dalloz, France, 19 ed, 2013.
- 806-** S. Guichard et autres: **Lexique Des Termes Juridiques**, Dalloz, France, ed 121, 2014.
- 807-** V. Kerckhove: **Journal De Procédure Du Cahiers Mensuels**, Larcier, Bruxelles, 1864.

عشرون كتب عامة

- 808- إبراهيم، مصطفى: منطق الاستقراء، منشأة المعارف، مصر، د.ط، 1999.
- 809- الأنور، محمد حامد: نظرات في المنطق الحديث ومناهج البحث، دار الطباعة المحمدية، مصر، ط 2، 1996م.
- 810- البهنسي، محمد: تهذيب المنطق، مكتبة الكليات الازهرية، مصر، د.ط، 1984م.
- 811- التنوخي: الفرج بعد الشدة، دار صادر، لبنان، د.ط، 1978م.
- 812- حسين، محمد: الإسلام والحضارة الغربية، دار الفرقان، مصر، د.ط، د.ت.
- 813- الحويني، حسن: دراسات في المنطق الحديث، مطبعة الازهر، مصر، د.ط، د.ت.
- 814- دبش، رشا ورودي، فرزانة: الإجهاض في الشرق الأوسط وشمال افريقيا، Soy Ink، أمريكا، 2009م.
- 815- الدمنهوري، أحمد: إيضاح المبهم في معاني السلم للاخضري، ت. عمر فاروق الطباع، دار المعارف، لبنان، ط 2، 2006م.
- 816- رشاد، محمد: اطلالة على المنطق القديم، دار الكتب، مصر، ط 3، 2003م.
- 817- رشاد، محمد: قوانين الفكر الانساني، دار الكتب، مصر، د.ط، د.ت.
- 818- شقرة، محمد إبراهيم: تنوير الأفهام إلى بعض مفاهيم الإسلام، مكتبة التوعية الإسلامية، مصر، ط 2، 1988م.
- 819- عبد السلام، عبد السلام: المنطق والفكر الانساني، دار الكتب، مصر، د.ط، 1986م.
- 820- نصار، محمد: الوسيط في المنطق الصوري، دار البيان، مصر، ط 5، 2004م.

واحد وعشرون- النصوص التشريعية:

أ-الدستور:

- 821- دستور 23 فبراير 1989، الجريدة الرسمية، في 1 مارس 1989، ع 9.
- 822- دستور 28 فبراير 1996، الجريدة الرسمية، في 08 ديسمبر 1996، ع 76.
- 823- دستور 06 مارس 2016، الجريدة الرسمية، في 07 مارس 2016، ع 14، ص 03.

ب-القوانين:

- 824- القانون رقم 62-157 المتعلق بتمديد العمل بالتشريعات الفرنسية، الجريدة الرسمية، في 11 جانفي 1963، ع 02، ص 18.
- 825- القانون رقم 63-218، المؤرخ في 18 جوان 1963، الجريدة الرسمية، في 28 جوان 1963، ع 43، ص 662.

- 826-** القانون رقم 63-224 المتعلق بتنظيم سن الزواج، الجريدة الرسمية، في 2 جويلية 1963، ع 44، ص 680.
- 827-** القانون رقم 84-13، المؤرخ في 23 يونيو 1984، المتضمن التقسيم القضائي، الجريدة الرسمية، في 26 يونيو 1984، ع 26، ص 968.
- 828-** القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المؤرخ في 16 فبراير 1985، الجريدة الرسمية المؤرخة في 27 جمادى الأولى 1403هـ، ع 8، ص 182.
- 829-** القانون رقم 89-22 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها لفظة المواريث. تنظر: الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ: 13 ديسمبر 1989، ع 53، ص 1435.
- 830-** القانون رقم 90-17 المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المؤرخ في 31 يوليو 1990، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 15 أوت 1990م، ع 35، ص 1123.
- 831-** القانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للأمر 75-58، المتعلق بالقانون المدني، الجريدة الرسمية، في 26 يونيو 2005، ع 44، ص 17.
- 832-** القانون رقم 05-11، المؤرخ في 17 يوليو 2005، المتضمن قانون التنظيم القضائي، الجريدة الرسمية، في 20 يوليو 2005، ع 51، ص 06.
- 833-** القانون رقم 08-09، المؤرخ في 23 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والادارية، الجريدة الرسمية، في 23 ابريل 2008، ع 21، ص 01.
- 834-** القانون رقم 09-02، المؤرخ في 25 فبراير 2009، المعدل والمتمم للأمر 71-57 المتضمن المساعدة القضائية، الجريدة الرسمية، في 08 مارس 2009، ع 15، ص 09 وما بعدها.
- 835-** القانون العضوي رقم 11-12، المؤرخ في 26 يوليو 2011، المتعلق بتنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها، الجريدة الرسمية، في 31 يوليو 2011، ع 42، ص 07.
- 836-** القانون رقم 14-01 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المتعلق بقانون العقوبات، المؤرخ في 04 فبراير 2014، الجريدة الرسمية المؤرخة في 16 فبراير 2014، ع 7، ص 4.
- 837-** القانون رقم 15-01، المتعلق بإنشاء صندوق النفقة، الصادر بتاريخ 04 يناير 2015 م. الجريدة الرسمية، في 07 يناير 2015م، ع 01، ص 07.
- 838-** القانون رقم 16-02، المؤرخ في 19 يونيو 2016، المعدل والمتمم للأمر 66-156، المتعلق بقانون العقوبات، الجريدة الرسمية، في 22 يونيو 2016، ع 37، ص 04.
- 839-** القانون رقم 16-03، المؤرخ في 19 يونيو 2016، المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، الجريدة الرسمية، في 22 يونيو 2016، ع 37، ص 05.

ب-الأوامر:

- 840-** الأمر رقم 62-42، المؤرخ في 18 سبتمبر 1962، الجريدة الرسمية، في 21 سبتمبر 1962، ع 16، ص 211.
- 841-** الأمر رقم 62-49، المؤرخ في 21 سبتمبر 1962، الجريدة الرسمية، في 23 سبتمبر 1962، ع 18، ص 277.
- 842-** الأمر رقم 65-278، المؤرخ في 16 نوفمبر 1965، المتضمن التنظيم القضائي، الجريدة الرسمية، في 23 نوفمبر 1965، ع 96، ص 1290.
- 843-** الأمر رقم 66-144، المؤرخ في 2 يونيو 1966، المتعلق بشروط اللياقة البدنية للقبول في الوظائف العمومية وتنظيم اللجان الطبية، الجريدة الرسمية، 8 يونيو 1966، ع 46، ص 571.
- 844-** الأمر رقم 66-161، المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن سير المجالس القضائية، الجريدة الرسمية، في 13 يونيو 1966، ع 50، ص 764.
- 845-** الأمر رقم 66-154، المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية، في 9 يونيو 1966، ع 47، ص 582.
- 846-** الأمر رقم 66-195، الجريدة الرسمية، في 1 يوليو 1966، ع 56، ص 856.
- 847-** الأمر رقم 69-72، الجريدة الرسمية، في 19 سبتمبر 1969، ع 80، ص 1186.
- 848-** الأمر رقم 70-20، الجريدة الرسمية، في 19 فبراير 1970، ع 21، ص 274.
- 849-** الأمر رقم 71-65، الجريدة الرسمية، في 28 سبتمبر 1971، ع 79، ص 1317.
- 850-** الأمر رقم 73-29، الجريدة الرسمية، في 03 أوت 1973، ع 62، ص 878.
- 851-** الأمر رقم 74-72، المؤرخ في 12 يوليو 1974، المتضمن تميم القانون 63-218، الجريدة الرسمية، في 19 يوليو 1974، ع 58، ص 798.
- 852-** الأمر رقم 97-278، المؤرخ في 16 نوفمبر 1965، المتضمن التنظيم القضائي، الجريدة الرسمية، في 23 نوفمبر 1965، ع 96، ص 1290.
- 853-** الأمر رقم 05-01، المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن تعديل قانون الجنسية، الجريدة الرسمية، 27 فبراير 2005، ع 15، ص 15.

ج-المراسيم والتنظيمات:

- 854-** رأي المجلس الدستوري رقم 02-ر.ق.ع/م.د/04، المؤرخ في 22 أوت 2004، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتضمن القانون الأساسي للقضاء للدستور، الجريدة الرسمية، 8 سبتمبر 2004، ع 57، ص 07 وما بعدها.
- 855-** مدونة أخلاقيات مهنة القضاء، الجريدة الرسمية، 14 مارس 2007، ع 17، ص 15.

- 856- المرسوم التنفيذي 05-303**، المؤرخ في 20 أوت 2005، المتضمن تنظيم المدرسة العليا للقضاء وكيفية سيرها، وشروط الالتحاق ونظام الدراسة فيها، وحقوق الطلبة القضاة وواجباتهم، الجريدة الرسمية، 25 أوت 2005، ع58، ص19.
- 857- المرسوم التنفيذي رقم 95-310**، المؤرخ في: 10 أكتوبر 1995، المتعلق بتحديد شروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين وكيفية الجريدة الرسمية، 15 أكتوبر 1995، ع60، ص03.
- 858- المرسوم رقم 06-154**، المؤرخ في 11 مايو 2006، المتضمن تحديد شروط وكيفية تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، 14 فبراير 2006، ع31، ص04.
- 859- المرسوم رقم 63-261**، المؤرخ في 22 جويلية 1963، المتعلق بنقل اختصاص المحاكم الشرعية إلى المحاكم الابتدائية، الجريدة الرسمية، في 26 جويلية 1963، ع51، ص751.
- 860- القرار المتعلق بتحديد اقسام المحاكم**، المؤرخ في 22 يونيو 1966، الجريدة الرسمية، في 8 يوليو 1966، ع58، ص878.

د- التشريعات الأجنبية:

- 861- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28-2005**، الصادر بتاريخ: 19 نوفمبر 2005.
- 862- قانون الأحوال الشخصية التونسي الصادر بتاريخ: 13/08/1956.**
- 863- قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51-1984**، المعدل بالقانون رقم 66-2007 الصادر بتاريخ: 2008/01/06.
- 864- قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم 20-1992**، الصادر بتاريخ: 1996/12/07.
- 865- القانون المصري رقم 71 لسنة 1946**، المتعلق بالوصية الصادر بتاريخ -24 يونيو 1946.
- 866- مدونة الأسرة المغربية المضمنة بالقانون 3-0-70**، الصادر بتاريخ: 5 فبراير 2005.
- 867- المذكرة التفسيرية لمشروع قانون الوصية المرفوعة من مجلس الوزراء الى البرلمان (المصري).**

اثنا وعشرون- الاجتهادات القضائية

- 868- قرار المجلس الأعلى**، الصادر بتاريخ 13 / 11 / 1970، النشرة القضائية، 1972، ع1، ص67.
- 869- قرار المجلس الأعلى**، الصادر بتاريخ 03/03/1971، النشرة القضائية، 1972، ع2، ص39.
- 870- قرار المجلس الأعلى رقم 287884**، الصادر بتاريخ: 12/11/1982، النشرة القضائية، 1986، ع2، ص32.

- 871- قرار المجلس الاعلى رقم:32779، الصادر بتاريخ:1984/04/02، المجلة القضائية، 1984، ع2، ص61.
- 872- قرار المجلس الأعلى رقم: 32786، الصادر بتاريخ: 1984/05/14، المجلة القضائية، 1989، ع2، ص66.
- 873- قرار المجلس الأعلى رقم 33275، الصادر بتاريخ 14 / 05 / 1984، المجلة القضائية، ع 2، 1990، ص 75.
- 874- قرار المجلس الأعلى رقم 33652، الصادر بتاريخ: 1984/06/11، المجلة القضائية، 1989، ع 03، ص 38.
- 875- قرار المجلس الأعلى رقم 33652، الصادر بتاريخ: 1984/06/11، المجلة القضائية، 1989، ع 03، ص 38.
- 876- قرار المجلس الأعلى رقم 33921 الصادر بتاريخ: 1984 / 07/09 المجلة القضائية: 1989، ع 04، ص 78.
- 877- قرار المجلس الأعلى رقم 33921 الصادر بتاريخ: 1984 / 07/09، المجلة القضائية: 1989، ع 04، ص 78.
- 878- قرار المجلس الأعلى رقم 34784، الصادر بتاريخ 13 - 11 - 1984، المجلة القضائية، ع 3، 1989، ص 73.
- 879- قرار المجلس الأعلى رقم 34259، الصادر بتاريخ1984/11/19، المجلة القضائية 1990، ع1، ص71.
- 880- قرار المجلس الاعلى رقم 35351، الصادر بتاريخ: 1984/12/13، المجلة القضائية، 1989، ع 04، ص 95.
- 881- قرار المجلس الأعلى رقم 35322، الصادر بتاريخ:1984/12/17، المجلة القضائية، 1989، ع4، ص 91.
- 882- قرار المجلس الأعلى رقم: 34767 الصادر بتاريخ:1984/12/17، المجلة القضائية 1990، ع 1، ص 12.
- 883- قرار المجلس الاعلى رقم 34849، الصادر بتاريخ: 1984/12/31، المجلة القضائية، 1989، ع 04، ص 111.
- 884- قرار المجلس الاعلى رقم 32677، الصادر بتاريخ: 1985/01/09، المجلة القضائية، 1989، ع 04، ص 16.
- 885- قرار المحكمة العليا رقم:35912، الصادر بتاريخ: 1985/04/08، المجلة القضائية، 1989، ع1، ص89.

- 886-** قرار المجلس الاعلى رقم 34931، الصادر بتاريخ: 1985/10/30، المجلة القضائية، 1989، ع 4، ص 68.
- 887-** قرار المجلس الأعلى رقم 38331، الصادر بتاريخ 1985/11/04، المجلة القضائية، ع 1، 1989، ص 101.
- 888-** قرار المجلس الأعلى رقم 38105، الصادر بتاريخ: 1985/11 /04، المجلة القضائية، 1989، ع 1، ص 98.
- 889-** قرار المجلس الاعلى رقم 34653، الصادر بتاريخ: 1985/11/20، المجلة القضائية، 1989، ع 04، ص 71.
- 890-** قرار المجلس الأعلى رقم: 39731، الصادر بتاريخ، 1986/01/27، المجلة القضائية، 1993، ع 4، ص 61.
- 891-** قرار المجلس الأعلى رقم 39731، الصادر بتاريخ/1986/01/27، المجلة القضائية، 1993، ع 4، ص 61.
- 892-** قرار المجلس الأعلى رقم: 41560، الصادر بتاريخ: 1986/04/07، المجلة القضائية، 1989، ع 2، ص 69.
- 893-** قرار المجلس الأعلى رقم 41818، الصادر بتاريخ 1986/04/15، المجلة القضائية، 1989، ع 03، ص 247.
- 894-** قرار المجلس الأعلى رقم 41100، الصادر بتاريخ: 1986/04/21، المجلة القضائية، 1993، ع 04، ص 65.
- 895-** قرار المجلس الأعلى رقم: 43594، الصادر بتاريخ: 1986/09/22، المجلة القضائية، 1992، ع 4، ص 41.
- 896-** قرار المجلس الأعلى رقم: 41752 الصادر بتاريخ: 1986/10/06، المجلة القضائية 1989، ع 2، ص 91.
- 897-** قرار المجلس الأعلى رقم 43860، الصادر بتاريخ: 1986/12/29، المجلة القضائية، 1993، ع 2، ص 41.
- 898-** قرار المجلس الأعلى: 44058: الصادر بتاريخ: 1987 /01/12، المجلة القضائية، 1989، ع 02، ص 97.
- 899-** قرار المجلس الأعلى رقم 44630، الصادر بتاريخ: 1987/02/09، المجلة القضائية، 1990، ع 3، ص 55.
- 900-** قرار المجلس الأعلى رقم 44630، الصادر بتاريخ: 1987/02/09، المجلة القضائية، 1990، ع 3، ص 55.

- 901- قرار المجلس الأعلى رقم: 44852، الصادر بتاريخ: 1987/04/06، المحكمة القضائية: 1991 ع 04، ص 91.
- 902- قرار المجلس الأعلى رقم 45867، الصادر بتاريخ: 1987/06/01، المجلة القضائية، 1992، ع 04، ص 54.
- 903- قرار المجلس الأعلى رقم: 47653 الصادر بتاريخ: 1988/01/04، المجلة القضائية 1991، ع 3، ص 45.
- 904- قرار المجلس الاعلى رقم 42107، الصادر بتاريخ: 1988/02/24، المجلة القضائية، 1990، ع 03، ص 13.
- 905- قرار المحكمة العليا رقم 49575، الصادر بتاريخ 1988/06/20، المجلة القضائية، ع 2، 1991، ص 54.
- 906- قرار المجلس الأعلى رقم: 47071 الصادر بتاريخ: 1988/09/26، المجلة القضائية 1992. ع 1، ص 33.
- 907- قرار المجلس الاعلى رقم 46468، الصادر بتاريخ: 1988/11/09، المجلة القضائية، 1993، ع 04، ص 11.
- 908- قرار المجلس الأعلى رقم 51728، الصادر بتاريخ: 1988/11/21م، المجلة القضائية، 1990، ع 03، ص 72.
- 909- قرار المجلس الاعلى رقم 49562، الصادر بتاريخ: 1988/12/07، المجلة القضائية، 1990، ع 02، ص 38.
- 910- قرار المجلس الأعلى رقم 51715، الصادر بتاريخ: 1989/01/16، المجلة القضائية 1992، ع 2، ص 55.
- 911- قرار المحكمة العليا رقم: 53017، الصادر بتاريخ 1989/03/27، المجلة القضائية، 1991، ع 1، ص 110.
- 912- قرار المجلس الأعلى رقم 53272 الصادر بتاريخ: 1989/03/27، المجلة القضائية، 1990، ع 3، ص 82.
- 913- قرار المحكمة العليا رقم 46225، الصادر بتاريخ: 1989/07/19، المجلة القضائية، 1990، ع 4، ص 35.
- 914- قرار المحكمة العليا رقم 56756، الصادر بتاريخ: 1989/12/11، المجلة القضائية، 1992، ع 02، ص 61.
- 915- قرار المجلس الأعلى رقم 57812، الصادر بتاريخ: 1989/12/25، المحكمة القضائية، 1991، ع 3، ص 71.

- 916- قرار المحكمة العليا رقم: 56268. الصادر بتاريخ: 1989/12/25، المجلة القضائية، 1991 ع 03، ص 58.
- 917- قرار المحكمة العليا رقم: 57756، الصادر بتاريخ 1990/01/22، المجلة القضائية، 1992، ع2، ص 71.
- 918- قرار المجلس الأعلى رقم 54727، الصادر بتاريخ: 1990/01/24، المجلة القضائية، 1991، ع 04، ص 85.
- 919- قرار المحكمة العليا رقم 58812، الصادر بتاريخ: 1990/02/05، المجلة القضائية، 1992، ع 04، ص 58.
- 920- قرار المحكمة العليا رقم 58797، الصادر بتاريخ: 1990/03/19، المجلة القضائية، 1993، ع 01، ص 52.
- 921- قرار المحكمة العليا رقم 73885، الصادر بتاريخ: 1991/04/23، المجلة القضائية، 1993، ع 02، ص 55.
- 922- قرار المحكمة العليا رقم 73267، الصادر بتاريخ: 1991/05/21، المجلة القضائية، 1993، ع 3، ص 65.
- 923- قرار المحكمة العليا رقم: 75029، الصادر بتاريخ: 1991/06/18، المجلة القضائية، 1994، ع2، ص 65.
- 924- قرار المحكمة العليا رقم 74451 الصادر بتاريخ، 1991/06/18، المجلة القضائية، 1993، ع3، ص 79.
- 925- قرار المحكمة العليا رقم 75029 الصادر بتاريخ: 1991/06/18، المجلة القضائية: 1994، ع 02، ص 65.
- 926- قرار المحكمة العليا رقم 79858، الصادر بتاريخ: 1991/11/26، المجلة القضائية، 1993، ع03، ص 86.
- 927- قرار المحكمة العليا رقم: 81376، الصادر بتاريخ: 1992/02/18، المجلة القضائية، 1993، ع 01، ص 70.
- 928- قرار المحكمة العليا رقم 84513، الصادر بتاريخ: 1992/06/02، المجلة القضائية، 1993، ع 03، ص 91.
- 929- قرار المحكمة العليا رقم 84551، الصادر بتاريخ: 1992/12/22، المجلة القضائية، 1995، ع 01، ص 117.
- 930- قرار المحكمة العليا رقم 87301، الصادر بتاريخ 22 - 12 - 1992، المجلة القضائية، ع 2، 1995، ص 92.

- 931-** قرار المحكمة العليا رقم 88856، الصادر بتاريخ 23 - 2 - 1993، المجلة القضائية، ع 2، 1996، ص 69.
- 932-** قرار المحكمة العليا رقم: 105366، الصادر بتاريخ 1993/04/27، المجلة القضائية، 1994، ع 2، ص 88.
- 933-** قرار المحكمة العليا رقم 90947، الصادر بتاريخ: 1993/04/27، المجلة القضائية، 1994، ع 02، ص 71.
- 934-** قرار المحكمة العليا رقم 91671، الصادر بتاريخ 1993 /06/23، المجلة القضائية 1994، ع 1، ص 72.
- 935-** قرار المحكمة العليا رقم 101444، الصادر بتاريخ: 1993/12/21، المجلة القضائية، 1996، ع 2، ص 73.
- 936-** قرار المحكمة العليا رقم 95385، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 1994/03/22، المجلة القضائية، ع 1، ص 134.
- 937-** قرار المحكمة العليا رقم: 11073، الصادر بتاريخ 1994/11/15، المجلة القضائية، 1994، ع 3، ص 84.
- 938-** قرار المحكمة العليا رقم 103232 الصادر بتاريخ: 1995/05/02، المجلة القضائية، 1995، ع 2، ص 09.
- 939-** قرار المحكمة العليا رقم 135 435، الصادر بتاريخ 1996/04/23، المجلة القضائية، 1998، ع 1، ص 129.
- 940-** قرار المحكمة العليا رقم 135435، الصادر بتاريخ: 1996/04/23، المجلة القضائية، 1998، ع 1، ص 129.
- 941-** قرار المحكمة العليا رقم: 136604، الصادر بتاريخ 1996/04/23، المجلة القضائية، 1997، ع 2، ص 89.
- 942-** قرار المجلس الأعلى: 138958 الصادر بتاريخ 1996/07/09 المجلة القضائية 1998، ع 1، ص 123.
- 943-** قرار المحكمة العليا رقم 141262، الصادر بتاريخ: 1996/07/30، المجلة القضائية، 1998، ع 01، ص 120.
- 944-** قرار المحكمة العليا رقم 141262، الصادر بتاريخ: 1996/07/30، المجلة القضائية، 1998، ع 01، ص 120.
- 945-** قرار المحكمة العليا رقم 184055، الصادر بتاريخ: 1998/02/17، المجلة القضائية، 1998، ع 02، ص 85.

- 946- قرار المحكمة العليا رقم: 180881 ، الصادر بتاريخ 1998/02/25 ، المجلة القضائية، 1998، ع 1، ص 78.
- 947- قرار المحكمة العليا رقم: 185202، الصادر بتاريخ: 1998/03/07، المحكمة القضائية: 1999 ع 01، ص 115.
- 948- قرار المحكمة العليا رقم 189181، الصادر بتاريخ: 1998/04/21، مجلة الاجتهاد القضائي، ص 192.
- 949- قرار المحكمة العليا رقم: 174416، الصادر بتاريخ 1999/02/03، المجلة القضائية، 1999، ع 1، ص 97.
- 950- قرار المحكمة العليا رقم 213517، الصادر بتاريخ 16 - 02 - 1999، المجلة القضائية، 2001، ع 2، ص 119.
- 951- قرار المحكمة العليا رقم 213571، الصادر بتاريخ 16 - 02 - 1999، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ص 92.
- 952- قرار المحكمة العليا رقم 223019، الصادر بتاريخ: 1999/06/15، المجلة القضائية، ع خاص، ص 103.
- 953- قرار المحكمة العليا رقم 222674، الصادر بتاريخ 15 - 06 - 1999، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية-عدد خاص، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000، ص 88.
- 954- قرار المحكمة العليا رقم: 235456، الصادر بتاريخ 2000/02/22، المجلة القضائية، 2001، ع 1، ص 280.
- 955- قرار المحكمة العليا رقم 235367، الصادر بتاريخ 2000 /02/22، المجلة القضائية 2001، ع 1، ص 275.
- 956- قرار المحكمة العليا رقم 243417، الصادر بتاريخ 2000/05/23، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية-عدد خاص، ص 109.
- 957- قرار المحكمة العليا رقم 52994، الصادر بتاريخ: 2000/11/21، المجلة القضائية، 2001، ع 01، ص 293.
- 958- قرار المحكمة العليا رقم 252994، الصادر بتاريخ: 2000/11/21، المجلة القضائية، 2001، ع 01، ص 293.
- 959- قرار المحكمة العليا رقم 251656، الصادر بتاريخ 23 - 5 - 2001، المجلة القضائية، ع 1، 2002، ص 306.
- 960- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2006/02/08م.

- 961- قرار المحكمة العليا رقم 358665، الصادر بتاريخ 2006/04/12، مجلة المحكمة العليا، ع 1، 2006، ص 491.
- 962- قرار المحكمة العليا رقم 373707، الصادر بتاريخ 2006/11/15، مجلة المحكمة العليا، ع 1، ص 502.
- 963- قرار المحكمة العليا رقم 403828، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ: 2007/11/14، مجلة المحكمة العليا، 1995، ع 1، ص 241.
- 964- قرار المحكمة العليا رقم 391655: الصادر بتاريخ: 2007/04/11، مجلة المحكمة العليا، 2008، ع 1، ص 250، 251.
- 965- قرار المحكمة العليا رقم 395557، الصادر بتاريخ: 2007/05/09، مجلة المحكمة العليا، 2008، ع 02، ص 301.
- 966- - قرار المحكمة العليا رقم 480264، الصادر بتاريخ 2009/02/11، مجلة المحكمة العليا، 2009، ع 1، ص 283.
- 967- قرار المحكمة العليا رقم 478795 الصادر بتاريخ 2009/02/11 مجلة المحكمة العليا 1997، ع 01، ص 269.
- 968- قرار المحكمة العليا رقم 497457 الصادر بتاريخ 2009/05/13، مجلة المحكمة العليا، ع 1، ص 297.
- 969- قرار المحكمة العليا رقم 580393، الصادر بتاريخ 18 - 02 - 2010، المجلة القضائية، ع 2، 2010، ص 302.
- 970- قرار المحكمة العليا رقم 581222 الصادر بتاريخ: 2010 / 10 / 14 المجلة القضائية: 2011، ع 1، ص 248.
- 971- قرار المحكمة العليا رقم 596191، الصادر بتاريخ 13 - 01 - 2011، مجلة المحكمة العليا، ع 2، 2011، ص 272.
- 972- قرار المحكمة العليا رقم 613469 الصادر بتاريخ: 2011 / 03 / 10 المجلة القضائية: 2012، ع 1، ص 287.
- 973- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 2012/04/12م.

ثلاث وعشرون- الاتفاقيات والمعاهدات الدولية

- 974- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الموقع عليها بتحفظ على بالمرسوم الرئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 22 يناير 1996، جريدة رسمية، 24 يناير 1996، ع 06، ص 04.
- 975- اتفاقية حقوق الطفل المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992، جريدة رسمية، 23 ديسمبر 1992، ع 91، ص 2318.

- 976-** العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الاختباري المنظم إليه بتحفظ، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 67-89 المؤرخ في 16 ماي 1989، جريدة رسمية، 17 مايو 1989، ع 20، ص 531.
- 977-** الاتفاقية الخاصة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال المصادق عليها بموجب المرسوم 88-148 المؤرخ في 26 يوليو 1988. جريدة الرسمية، 27 يوليو 1988، ع 30، ص 1097.

أربع وعشرون-مقالات صحفية:

- 978-** حوام، بلقاسم: حالة طلاق جديدة كل عشر دقائق، جريدة الشروق اليومي، الأربعاء 24 سبتمبر 2014، العدد 4507، ص 17.
- 979-** الداني، عبد الله: الطلاق الإلكتروني تعددت الوسائل والطلاق واقع، جريدة العكاظ، سنة 52، ع 15888، 2010/2/25م.
- 980-** سعد الله، الطيب: لوح: لم ينفذ إلا 2500 حكم قضائي على أبناء المطلقات خلال السنة القضائية، جريدة الجزائر، الثلاثاء 11 نوفمبر 2014، العدد 1047، ص 03.
- 981-** مقال الطلاق عبر ال "ا س ام اس" هل يجوز شرعا؟، جريدة الشرق الاوسط، السعودية، ع 10649، 2008-01-24م.
- 982-** نحال، سعاد: 30 ألف زواج عرفي تعالجها المحاكم لإثبات نسب الأبناء، جريدة التحرير، الجزائر، ع 661، 17 جوان 2015، ص 06.

خمس وعشرون- الأبحاث الإلكترونية:

- 983-** ابن حميد، صالح بن عبد الله: الاجتهاد الجماعي وأهميته في نوازل العصر، ورقة بمؤتمر الفتوى وضوابطها، المجمع الفقهي الاسلامي، السعودية، 1424هـ. منشور على الموقع:
<http://www.world-dialogue.org/MWL/fatwa/FCS1R1.pdf>
- 984-** ابن دودو، محمد سالم: الاجتهاد المقاصدي، منزلته وماهيته، المؤتمر العام الثاني والعشرين للمجلس الأعلى للشؤون الاسلامية، الامارات، فبراير 2010م. بحث منشور على الموقع الإلكتروني:
<http://imtithal.com/web/uploaded/media/research/14.pdf>
- 985-** جحيش، بشير بن مولود: فقه التنزيل مفهومه وعلاقته ببعض المصطلحات، ندوة مستجدات الفكر الاسلامي الحادي عشر، الكويت، فبراير 18-20-2013. مقال منشور على الموقع:

<http://www.feqhup.com/uploads/1413585678781.pdf>

986- عبد الرحيم، عثمان: اليات تحقيق المناط ووسائله ومسلك المجتهد فيه. مقال منشور على الموقع:

- <http://www.feqhup.com/uploads/1415384240881.pdf>

987- الضويحي، النوازل الأصولية. منشور على الموقع:

<https://units.imamu.edu.sa/colleges/sharia/Documents/.../النوازل%20الأصولية/...>

988- حميش، عبد الحق: مدخل إلى فقه النوازل. منشور على الموقع:

<https://kantakji.com/media/5611/3024.doc>

989- الموسى، عبد الله: التكيف الفقهي للنازلة وتطبيقاته المعاصرة. ثبت الندوة الدولية نحو منهج علمي أصيل لدراسة القضايا المعاصرة، افريل 2010م. ينظر:

www.riyadhalelm.com/researches/4/42_takeef_mosa.pdf

990- النجار، عبد المجيد: أثر تحقيق المناط في وقف تنزيل الأحكام، مؤتمر تحقيق لمناط، الكويت، 18-20 فيفري 2013م، منشور على الموقع:

<https://kt-b.com/?p=4854>

991- بوبشير، محمد أمقران: تغير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق، مقال منشور على الموقع:

- <http://manifest.univ-ouargla.dz/documents/Archive/Archive.../seminaire-national-sur-la-securite-juridique-Decembre-2012/boubechir%20Mohaned%20MOKRAn.pdf>

992- الزحيلي، وهبة: عقود الزواج المستحدثة وحكمها في الشريعة، بحث مقدم للدورة الثامنة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة بمكة من 8-12/4/2006، ص 11. منشور بالموقع الإلكتروني للمجمع:

<http://www.themwl.org/Bodies/Meetings/default.aspx?d=1&mid=18&ds=1&l=Aj>

993- القرضاوي، يوسف: حول زواج المسيار، بحث مقدم للدورة الثامنة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة بمكة من 8-12/4/2006، ص 8 و9، منشور بالموقع الإلكتروني للمجمع:

<http://www.themwl.org/Bodies/Meetings/default.aspx?d=1&mid=18&ds=1&l=Aj>

994- موافي، سميرة: جزائريون يلجئون إلى زواج المسيار لتبرير ارتباطاتهم المشبوهة، جريدة النهار، الجزائر، 02 سبتمبر 2007. مقال منشور على الموقع:

www.ennaharonline.com/ar/?news=923

995- زوزو، فريدة: أثر التكنولوجيا الحديثة في النظر الفقهي: "الطلاق بالهاتف النقال نموذجاً، موقع الاسلام اليوم،

<https://www.islamtoday.net/bohooth/services/printart-86-6525.htm>

996- قاسم، عبد الرشيد: الفحص قبل الزواج، ص 03. مقال منشور على موقع لها أونلاين:
http://www.lahaonline.com/Studies/Issues/a0-06-1-2004.doc_cvt.htm

997- [-A. Flückiger: Les Racines Historiques De La Légistique En Suisse, p 08.](http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/seminars/ch_fluckiger.pdf)
[http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/seminars/ch_fluckiger.pdf.](http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/seminars/ch_fluckiger.pdf)

998- <http://www.saaid.net/book/open.php?cat=96&book=3904>

قائمة الاختصارات

أ- العربية:

| الاختصار | تفسيره |
|----------|-------------------|
| مج | مجلد المجلة |
| ع | عدد المجلة الصادر |
| ط | طبعة الكتاب |
| د.ط | دون طبعة |
| د.ت | دون تاريخ النشر |
| د.م | دون مكان النشر |
| د.ن | دون ناشر |
| ج | الجزء |
| م | المادة |

ب- الأجنبية:

| الاختصار | تفسيره |
|----------|-----------------------|
| ed | طبعة الكتاب الاجنبي |
| p | الصفحة للمرجع الاجنبي |
| op. cit. | المراجع السابق |
| Ibid | مراجع نفسه |
| N | عدد المجلة |
| v | المجلد |

مسرد الموضوعات

- 1..... الفصل الأول: ماهية الاجتهاد التنزيلى وضوابطه.
- 3 المبحث الأول: حقيقة الاجتهاد التنزيلى
- 3 المطلب الأول: تعريف الاجتهاد التنزيلى
- 3 الفرع الأول: تعريف الاجتهاد التنزيلى باعتباره مركبا إضافيا
- 3 أولا: تعريف الاجتهاد لغة واصطلاحا
- 3 1- تعريف الاجتهاد لغة
- 5 2- تعريف الاجتهاد اصطلاحا:
- 5 أ- الاجتهاد في المفهوم الأصولي القديم:
- 5 -الاعتبار الأول:
- 10..... - الاعتبار الثاني:
- 11..... ب- الاجتهاد في المفهوم الأصولي المتأخر:
- 13..... ثانيا- تعريف التنزيلى لغة واصطلاحا
- 13..... 1- تعريف التنزيل لغة:
- 14..... 2- تعريف التنزيل اصطلاحا:
- 15..... الفرع الثاني: تعريف الاجتهاد التنزيلى باعتباره لقبا على علم
- 15..... أولا- تعريف فقه التنزيل:
- 17..... ثانيا- تعريف الاجتهاد التطبيقي:
- 17..... ثالثا- تعريف الاجتهاد التنزيلى:
- 20..... الفرع الثالث: ضمام الاجتهاد التنزيلى
- 20..... أولا- تحقيق المناط:
- 20..... 1- مفهوم تحقيق المناط:
- 20..... أ- تعريف تحقيق المناط لغة:
- 21..... ب- تعريف تحقيق المناط اصطلاحا:
- 21..... - معنى العلة:
- 21..... - مضمون القاعدة الأصلية:
- 24..... 2- أنواع تحقيق المناط:

- 24.....أ-تحقيق المناط العام:
- 25.....ب- تحقيق المناط الخاص:
- 26.....3- علاقة تحقيق المناط بالاجتهاد التنزيلى:
- 26.....المطلب الثاني: التطور التاريخي للاجتهاد التنزيلى
- 26.....الفرع الأول: الاجتهاد التنزيلى في العهد النبوي
- 27.....أولا-التنزيل النبوي بوصف الإفتاء:
- 29.....ثانيا-التنزيل النبوي بوصف القضاء:
- 32.....الفرع الثاني: الاجتهاد التنزيلى في عهد الخلفاء الراشدين
- 34.....الفرع الثالث: الاجتهاد التنزيلى في عهد التابعين
- 36.....الفرع الرابع: التنزيل في عهد الأئمة المجتهدين
- 40.....الفرع الخامس: التنزيل في عهد الركود والجمود
- 44.....الفرع السادس: فقه التنزيل في العصر الراهن
- 46.....أولا-اتساع حركة التقنين:
- 47.....ثانيا-نشاط الحياة الفقهية:
- 48.....ثالثا- ظهور الموسوعات الفقهية:
- 48.....رابعا- ابتناء النظريات الفقهية:
- 48.....خامسا- تكريس الاجتهاد الجماعي وإنشاء المجامع الفقهية :
- 48.....سادسا- انفتاح الاجتهاد القضائي في الدول العربية على التراث الفقهي:
- 49.....المطلب الثالث: مشروعية الاجتهاد التنزيلى وأهميته
- 49.....الفرع الأول: مشروعية الاجتهاد التنزيلى
- 49.....أولا- من القرآن الكريم:
- 49.....1-مراعات القرآن لواقع الناس وأحوالهم:
- 50.....2-اعتماد القرآن سنن التدرج في تنزيل التشريع:
- 51.....3-جري سريان الأحكام القرآنية على معهود الناس:
- 52.....ثانيا- من السنة النبوية :
- 52.....1 - تعدد الإجابات النبوية على السؤال الواحد:

- أ - إختلاف الأجوبة النبوية على أفضلية الأعمال: 52.....
- ب - إختلاف الأجوبة النبوية عن الخيرية: 53.....
- 2 - إختلاف أدعيته ﷺ لأصحابه: 53.....
- 3-مراعات أحوال الصحابة رضي الله عنهم من حيث القدرة على التكليف: 54.....
- ثالثا-من المعقول: 54.....
- الفرع الثاني: أهمية الاجتهاد التّنزيلي 56.....
- المبحث الثاني: الضوابط المنظمة للاجتهاد التّنزيلي في الفقه الإسلامي 58.....
- المطلب الأول: مدارك الاجتهاد التّنزيلي 59.....
- الفرع الأول: التصور الصحيح للنازلة 59.....
- أولا: تعريف النازلة 59.....
- 1 - تعريف النازلة لغة : 59.....
- 2 - تعريف النازلة اصطلاحا: 60.....
- ثانيا - تصور النازلة: 61.....
- 1 - فهم عين الواقعة: 62.....
- أ-فهم نوازل الفتيا: 62.....
- ب - فهم نوازل القضاء: 65.....
- 2 - استشارة أهل الخبرة: 66.....
- الفرع الثاني: دقة التكييف 68.....
- أولا- تعريف التكييف: 68.....
- 1-تعريف التكييف في اللغة: 68.....
- 2- تعريف التكييف في الاصطلاح: 69.....
- ثانيا-ضوابط التكييف: 70.....
- 1 - الفهم الدقيق للنازلة: 70.....
- 2-استناد التكييف إلى أصل شرعي معتبر: 71.....
- أ-التكييف على النصوص الشرعية: 71.....
- ب - التكييف على الإجماع: 72.....

- 72..... ج - التكييف استنادا إلى اجتهاد فقهي: 72.....
- 72..... 3 - تحصيل الملكة الفقهية في التوصيف والتخريج والإلحاق: 72.....
- 73..... أ- القدرة على تصنيف المسائل وتوصيفها: 73.....
- 73..... 1- الإلحاق: 73.....
- 74..... 2- التخريج الفقهي: 74.....
- 74..... ثالثا- أنواع التكييف: 74.....
- 75..... 1 - أنواع التكييف باعتبار الجلاء والخفاء: 75.....
- 75..... أ - التكييف الجلي: 75.....
- 75..... ب- التكييف الخفي: 75.....
- 76..... 2 - أنواع التكييف باعتبار العموم والخصوص: 76.....
- 76..... أ - التكييف الفقهي العام: 76.....
- 76..... ب - التكييف الفقهي الخاص: 76.....
- 76..... الفرع الثالث: حسن التطبيق 76.....
- 76..... أولا- تعريف التطبيق: 76.....
- 77..... 1 - التعريف اللغوي للتطبيق: 77.....
- 77..... 2 - التعريف الاصطلاحي للتطبيق: 77.....
- 77..... ثانيا: آليات تنزيل الحكم الشرعي 77.....
- 77..... 1 - التأجيل: 77.....
- 78..... 2 - التعديل: 78.....
- 79..... 3 - التبديل: 79.....
- 80..... 4 - الإيقاف: 80.....
- 82..... المطلب الثاني: فقه الواقع ومكانته في الاجتهاد التنزيلي 82.....
- 82..... الفرع الأول: مفهوم فقه الواقع 82.....
- 82..... أولا - تعريف الفقه: 82.....
- 82..... 1-تعريف الفقه لغة: 82.....
- 82..... 2- تعريف الفقه اصطلاحا: 82.....

- 99..... 2- أقسام المقاصد الشرعية: 99.....
- 99..... أ- المقاصد باعتبار الإضافة: 99.....
- 99..... - مقاصد الشارع: 99.....
- 99..... 1- قصد الشارع من وضع الشريعة ابتداء: 99.....
- 100..... 2- قصد الشارع من وضع الشريعة للإفهام: 100.....
- 100..... 3- قصد الشارع من وضع التشريع للتكليف بمقتضاها: 100.....
- 101..... 4 - قصد الشارع من دخول المكلف تحت أحكام الشريعة: 101.....
- 101..... - مقاصد المكلف: 101.....
- 101..... ب- المقاصد باعتبار الحاجة وقوة التأثير: 101.....
- 101..... - المقاصد الضرورية: 101.....
- 102..... - المقاصد الحاجية: 102.....
- 103..... - المقاصد التحسينية: 103.....
- 104..... ج- المقاصد باعتبار تعلقها بعموم التشريع أو خصوصه: 104.....
- 104..... - المقاصد العامة: 104.....
- 105..... - المقاصد الخاصة: 105.....
- 105..... - المقاصد الجزئية: 105.....
- 105..... ثالثا- دور المقاصد في التنزيل: 105.....
- 108..... الفرع الثاني: تحقيق المآلات 108.....
- 108..... 1- تعريف المآل لغة : 108.....
- 109..... 2- تعريف تحقيق المآل اصطلاحا: 109.....
- 109..... ثانيا: مراتب اعتبار المآل: 109.....
- 111..... 1- ما كان إفضاؤه إلى الفساد قطعيا: 111.....
- 111..... 2- ما كان إفضاؤه إلى الفساد نادرا: 111.....
- 112..... 3 - ما كان إفضاؤه إلى الفساد غالبا: 112.....
- 112..... 3- ما كان إفضاؤه إلى الفساد كثيرا: 112.....
- 113..... ثالثا: القواعد المنبثقة عن أصل اعتبار المآلات: 113.....

- 113..... 1- قاعدة سد الذرائع:
- 113..... أ- تعريف سد الذرائع:
- 114..... ب- حكم سد الذرائع:
- 115..... ج- علاقة سد الذرائع بفقهاء المآلات:
- 116..... 2- قاعدة الحيل:
- 116..... أ- تعريف الحيل:
- 116..... ب- علاقة الحيل بفقهاء المآلات:
- 118..... 3- قاعدة الاستحسان:
- 118..... أ- تعريف الاستحسان:
- 119..... ب- حجية الاستحسان:
- 123..... ج- علاقة الاستحسان بفقهاء المآلات:
- 124..... 4- قاعدة مراعات الخلاف:
- 124..... أ- تعريف مراعات الخلاف:
- 124..... ب- مشروعية مراعات الخلاف:
- 126..... ج- شروط العمل بمراعات الخلاف:
- 128..... د- علاقة مراعات الخلاف بفقهاء المآلات:
- 129..... المبحث الثالث: الضوابط المنظمة للاجتهاد التّزيلي في القانون الأسري الجزائري
- 129..... المطلب الأول: الضوابط الناظمة للاجتهاد التّزيلي في الصناعة التقنية الأسرية
- 129..... الفرع الأول: ماهية التقنين الفقهي
- 130..... أولاً: تعريف التقنين الفقهي
- 130..... 1- التعريف اللغوي للتقنين الفقهي
- 130..... أ- تعريف التقنين لغة:
- 130..... ب- تعريف الفقه لغة:
- 130..... 2- التعريف الاصطلاحي للتقنين الفقهي
- 130..... أ- التعريف الاصطلاحي للتقنين:
- 131..... ب- التعريف الاصطلاحي للفقه:

- ج-التعريف الاصطلاحي للتقنين الفقهي كمركب إضافي: 131.....
- ثانيا: مزايا تقنين الفقهي الأسري 132.....
- 1- ضبط الأحكام وتنظيم المسائل 132.....
- 2- توحيد الأحكام القضائية وتحقيق التناسق بين القواعد القانونية 132.....
- 3- العلم بالأحكام المقننة ويسر مراجعتها 132.....
- 4- التقنين ضمانا لتطبيق الشريعة 133.....
- الفرع الثاني مجالات التقنين الفقهي الأسري وضوابطه 133.....
- أولا: مجالات التقنين الفقهي الأسري 133.....
- 1 - نطاق التقنين الفقهي الأسري 134.....
- أ-الأحكام الاعتقادية: 134.....
- ب-الأحكام الخلقية: 134.....
- ج-الأحكام العملية: 134.....
- ثانيا: مصدر التقنين الفقهي الأسري 134.....
- 1- آلية الاستمداد الفقهي في الصناعة التقنية الأسرية: 136.....
- أ-الاجتهاد الإنشائي: 136.....
- ب- الاجتهاد الانتقائي: 137.....
- تعريف الاجتهاد الانتقائي: 137.....
- المؤثرات العصرية في الانتقاء: 137.....
- 1-التغيرات الطارئة على الحياة المعاصرة: 138.....
- 2- المعارف والعلوم العصرية : 139.....
- 3 - ضرورات العصر وحاجاته: 140.....
- ج-الاجتهاد الانتقائي الإنشائي: 141.....
- 2-ضوابط الاستمداد الفقهي في الصناعة التقنية للفقهاء الأسري: 143.....
- أ-الركيزة الأولى: 143.....
- ب-الركيزة الثانية: 143.....
- الفرع الثالث: ضوابط الصياغة التقنية الأسرية 144.....

- 144..... أولاً: تبويب التقنين الأسري
- 145..... ثانياً: أسلوب التقنين
- 145..... 1-الوضوح (la clarté) :
- 146..... 2-الإيجاز (la concision) :
- 147..... 3-التبسيط (la simplicité) :
- 147..... ثالثاً: الصياغة التقنية الأسرية
- 147..... 1-اعتبار طبيعة القواعد القانونية المراد صياغتها:
- 147..... أ-الفرض:
- 147..... ب-الحكم:
- 148..... 2-التعميم والتجريد:
- 148..... 3-اجتناب التفصيل والتمثيل:
- 148..... 4-ضبط الإحالة:
- 149..... 5-دقة الفهم وحسن التكييف:
- 150..... 7-الصياغة المقاصدية:
- 150..... 8-فقه الواقع:
- 151..... 9-فقه المآل:
- 151..... 10-البناء التكاملي:
- 152..... 11-الأداء المؤسسي:
- 153..... الفرع الرابع: تطور الصناعة التقنية الأسرية في الجزائر
- 153..... أولاً-في عهد الأتراك:
- 155..... ثانياً-في العهد الاستعماري الفرنسي:
- 157..... ثالثاً- في عهد الاستقلال:
- 157..... 1-مرحلة 1962-1984م:
- 158..... 2-مرحلة 1984-2005م:
- 163..... 3-مرحلة ما بعد إصلاح 2005م:
- 163..... أ-تعديلات الأمر 02-05:

- 165.....ب-إنشاء صندوق النفقة:
- 168.....المطلب الثاني: الضوابط الناظمة للاجتهد التنزيلي في الاجتهاد القضائي
- 169.....الفرع الأول: تعريف الاجتهاد القضائي
- 169.....أولا-تعريف الاجتهاد القضائي لغة:
- 169.....1-الاجتهاد لغة:
- 169.....2- القضاء لغة:
- 170.....2-تعريف الاجتهاد القضائي اصطلاحا:
- 170.....أ-المعنى العام للاجتهاد القضائي:
- 170.....ب-المعنى الخاص للاجتهاد القضائي:
- 171.....ثانيا: تطور الاجتهاد القضائي الجزائري
- 171.....1-القضاء الأسري قبل الاستقلال
- 171.....أ-الاجتهاد القضائي الأسري في العهد العثماني:
- 173.....ب-الاجتهاد القضائي الأسري في العهد الفرنسي
- 173.....-مرحلة التردد 1830-1848:
- 174.....- مرحلة الاستقلال الذاتي 1848-1870:
- 175.....-مرحلة الإدماج 1871-1962:
- 176.....2- القضاء الأسري بعد الاستقلال
- 179.....ثالثا: أجهزة التنظيم القضائي الأسري
- 179.....1-قسم شؤون الأسرة بالمحكمة:
- 179.....أ-الاختصاص النوعي:
- 180.....ب-الاختصاص الإقليمي:
- 181.....ج-تشكيلة الحكم:
- 182.....2-غرفة شؤون الأسرة بالمجلس القضائي:
- 182.....3- غرفة شؤون الأسرة والموارث بالمحكمة العليا:
- الفرع الثاني: الضوابط المتعلقة بالقائم بالتنزيل القضائي ضوابط القائم بالتنزيل
- 184.....القضائي

- 184.....أولا-المبادئ العامة للعمل القضائي: 184
- 184.....1-استقلال القضاء: 184
- 187.....2-العلانية: 187
- 188.....3-المساواة أمام القضاء: 188
- 189.....4-التقاضي على درجتين: 189
- 189.....5-مجانية القضاء: 189
- 190.....6- تعدد القضاة والقاضي الفرد: 190
- 191.....7-تسبيب الأحكام والقرارات: 191
- 192.....8- حصول الإجراءات في مواجهة الخصوم: 192
- 192.....9- حياد القاضي: 192
- 193.....ثانيا- ضوابط القائم بالتنزيل القضائي: 193
- 193.....1-الجنسية الجزائرية: 193
- 194.....2-كمال الأهلية: 194
- 194.....3-التأهيل العلمي: 194
- 195.....أ-التكوين القاعدي للقضاء: 195
- 196.....ب- التكوين المستمر: 196
- 197.....4-الكفاءة البدنية: 197
- 198.....5-التمتع بالحقوق المدنية والوطنية: 198
- 198.....6-حسن السيرة والسلوك: 198
- 200.....الفرع الثالث: ضوابط التنزيل القضائي 200
- 200.....أولا-تمحيص الوقائع وتنقيحها: 200
- 201.....1-تعريف الواقعة: 201
- 201.....أ-المعنى الموسع للواقعة: 201
- 201.....ب-المعنى الضيق للواقعة: 201
- 201.....2-شروط الواقعة المؤثرة: 201
- 201.....أ-أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى: 201

- 202..... ب-أن تكون الواقعة ممكنة:
- 203..... ج-أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى:
- 203..... د-أن تكون الواقعة محددة:
- 204..... 3-مدارك تنقيح الوقائع:
- 204..... أ-المعاينة:
- 204..... -تعريف المعاينة:
- 205..... -إجراءات المعاينة:
- 205..... -نتائج المعاينة:
- 205..... ب-انتداب الخبرة:
- 205..... -تعريف الخبرة:
- 206..... -سلطة القاضي في ندب الخبرة:
- 207..... - حجية تقرير الخبرة:
- 208..... ثانيا-التكييف القانوني للوقائع:
- 208..... 1-تعريف التكييف القانوني:
- 208..... أ-القانون الدولي الخاص:
- 209..... ب-القانون الدولي العام:
- 209..... ج- القانون الجنائي:
- 209..... 2- منهجية التكييف القانوني:
- 210..... أ-تحليل الواقعة:
- 210..... ب-التصنيف القانوني:
- 211..... ج- التوصيف القانوني:
- 212..... 3- موقف المشرع الجزائري من التكييف:
- 214..... ثالثا - التفسير القضائي للقاعدة القانونية:
- 214..... 1- مفهوم التفسير القضائي:
- 215..... 2- طرق التفسير القضائي:
- 215..... أ- طرق التفسير الداخلية:

- 215..... - القياس: "Analogie".
- 216..... - الاستنتاج من باب أولى: "A fortiori".
- 216..... - الاستنتاج بمفهوم المخالفة:
- 216..... - تقريب النصوص:
- 216..... ب- طرق التفسير الخارجية:
- 217..... - المصادر التاريخية:
- 217..... - حكمة التشريع:
- 217..... - الأعمال التحضيرية:
- 218..... 3- حالات التفسير:
- 218..... أ- حالة الخطأ المادي:
- 219..... ب- حالة الغموض:
- 219..... ج- حالة النقص:
- 219..... د- حالة التعارض:
- 219..... 4- التفسير القضائي للقاعدة القانون غير المنصوصة:
- 220..... رابعا- حسن التقدير القضائي للحكم المنزل:
- 221..... 1- التقدير الموضوعي:
- 222..... 2- التقدير الشخصي:
- 226..... 3- آليات التقدير والتنزيل:
- 226..... أ- الاستقراء "Induction":
- 227..... ب- القياس المنطقي "Syllogism":
- 229..... خامسا- استصدار الحكم القضائي وحجته:
- 229..... 1- تعريف الحكم القضائي:
- 230..... 2- استصدار الحكم القضائي:
- 230..... أ- المداولة:
- 231..... ب- صياغة الحكم القضائي:
- 233..... ج- إصدار الحكم القضائي:

- 233..... 3- آثار الحكم القضائي:
- 233..... أ- أثر الحكم القضائي على الحق المحكوم به:
- 234..... ب- أثر الحكم القضائي على الخصومة:
- 235..... ج- حجية الحكم القضائي:
- 235..... -تعريف الحجية القضائية:
- 237..... -شروط الدفع والتمسك بالحجية القضائية:
- 237..... أ-الشرائط المرتبطة بالحكم الصادر:
- 238..... -الشرائط الواجب توافرها في الحق المحكوم به:
- 239..... الفرع الرابع: الرقابة على التنزيل الصحيح وتوحيد الاجتهاد القضائي
- 241..... أولاً- الرقابة على التنزيل الصحيح للأحكام القضائية:
- 241..... 1-عيوب التسبيب:
- 241..... أ-انعدام التسبيب:
- 242..... -الغياب الكلي للأسباب:
- 242..... 1- تناقض الأسباب:
- 243..... 2- تناقض التسبيب مع المنطوق:
- 243..... -الانعدام الجزئي للتسبيب:
- 244..... ب-القصور في التسبيب:
- 246..... ج- عدم منطوقية الأسباب:
- 247..... 2- مخالفة القانون:
- 247..... أ-مخالفة القانون الداخلي:
- 247..... -عدم إعمال نص واجب التطبيق:
- 248..... - إعمال النص على حالة لا تنطبق عليه:
- 249..... - الخطأ في تفسير القانون:
- 250..... ب-مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة:
- 250..... ج- مخالفة الاتفاقيات الدولية:
- 251..... ثانياً -توحيد الاجتهاد القضائي وآلية تغييره:

- 256 الفصل الثاني: نماذج تطبيقية لاجتهاد التنزيلى في مسائل الأحوال الشخصية.
- 258..... المبحث الأول: الاجتهاد التنزيلى في مسائل عقد الزواج وانحلاله
- 258..... المطلب الأول: المسائل المتعلقة بطبيعة عقد الزواج
- 258..... الفرع الأول: نكاح الميسار
- 258..... أولاً: تعريف نكاح الميسار
- 259..... 1-تعريف الميسار لغة:
- 259..... 2- تعريف الميسار شرعاً:
- 260..... ثانياً: ظهور نكاح الميسار
- 262..... ثالثاً: حكم نكاح الميسار
- 262..... 1-حكم نكاح الميسار في الفقه الإسلامى
- 262..... أ-الرأى الأول: المبتلون لزواج الميسار
- 266..... ب-الرأى الثانى: المميزون لزواج الميسار
- 268..... ج-الرأى الثالث: التوقف فى زواج الميسار
- 270..... 2-حكم نكاح الميسار فى قانون الأسرة
- 274..... المطلب الثانى: المسائل المتعلقة بإبرام عقد الزواج
- 274..... الفرع الأول: أثر إسلام الزوجة على عقد النكاح
- 274..... أولاً- الحكم الفقهي لإسلام الزوجة وأثره على عقد نكاحها:
- 275..... 1-القول الأول:
- 276..... 2-القول الثانى:
- 277..... 3-القول الثالث:
- 279..... 4-القول الرابع:
- 280..... 5-القول الخامس:
- 280..... 6-القول السادس:
- 280..... 7-القول السابع:
- 285..... ثانياً-الحكم القانونى لإسلام الزوجة وأثره على عقد نكاحها:

- 286..... الفرع الثاني: الزواج والطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة
- 287..... أولاً: تصور نازلة إبرام عقد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة وإنهائه
- 287..... 1- الوسائط الحديثة المستخدمة في الطلاق والزواج:
- 287..... أ - الوسائط الكتابية:
- 289..... ب- الوسائط المسموعة:
- 290..... ثانياً: إبرام عقد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة وإنهائه في الفقه الإسلامي
- 290..... 1- إبرام عقد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة في الفقه
- 291..... أ-حكم إبرام عقد الزواج مكتوبة:
- 293..... - القول الراجح:
- 294.. ب - حكم إبرام عقد الزواج عن طريق وسائط المشافهة والمشاهدة:
- 295..... 2- الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة في الفقه الإسلامي
- 295..... أ- الطلاق عن طريق الكتابة الإلكترونية:
- 297..... ب- الطلاق عن طريق وسائط المشافهة والمشاهدة:
- 299..... ثالثاً: إبرام عقد الزواج بوسائل الاتصال الحديثة وإنهائه في القانون الجزائري.....
- 299..... 1-الحكم القانوني لإبرام عقد الزواج مكتوبة
- 301..... 2- الحكم القانوني لإبرام الزواج مشافهة أو مشاهدة:
- 301..... 3- الحكم القانوني لإيقاع الطلاق عبر الوسائط الإلكترونية:
- 305..... المطلب الثالث: المسائل المتعلقة بآثار الزواج وانحلاله
- 305..... الفرع الأول: الوصية الواجبة
- 305..... أولاً: تعريف الوصية الواجبة
- 305..... 1- تعريف الوصية الواجبة باعتبارها اصطلاحاً مركباً:
- 305..... أ-تعريف الوصية:
- 306..... ب- تعريف الواجبة:
- 306..... 2- تعريف الوصية الواجبة باعتبارها لقباً
- 307..... ثانياً:حكم الوصية الواجبة
- 312..... ثالثاً- شروط استحقاق الوصية الواجبة:

- 312.....1-الفئة المستحقة للوصية الواجبة:
- 315.....2-استحقاق الوصية الواجبة:
- 315.....أ- الشروط المتعلقة بالأصل:
- 317.....ب- الشروط المتعلقة بالفرع:
- 318.....رابعا- مقدار الوصية الواجبة :
- 319.....خامسا- طريقة حل مسائل الوصية الواجبة:
- 319.....1-الحل الأول:
- 320.....2-الحل الثاني:
- 321.....3-الحل الثالث:
- 322.....الفرع الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي
- 322.....أولا: ماهية الطلاق التعسفي:
- 322.....1-تعريف الطلاق التعسفي:
- 323.....2-معايير الطلاق التعسفي:
- 324.....أ-المعيار الذاتي أو الشخصي:
- 325.....ب- المعيار الموضوعي:
- 326.....ثانيا- حكم التعويض عن الطلاق التعسفي:
- 326.....1-حكم التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي:
- 326.....أ-المجيزون للتعويض:
- 329.....ب- المانعون للتعويض:
- 331.....2- حكم التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون الجزائري:
- 339.....المبحث الثاني: الاجتهاد التنزيلي في مسائل الحمل وتوابعه
- 339.....المطلب الأول: المسائل المتعلقة بالحمل
- 339.....الفرع الأول: التلقيح الاصطناعي
- 339.....أولا: تعريف التلقيح الاصطناعي
- 340.....ثانيا: التطور التاريخي للتلقيح الاصطناعي
- 341.....ثالثا: أنواع التلقيح الاصطناعي

- 341.....1-التلقيح الداخلي: 341
- 342.....أ- كيفية التلقيح الداخلي: 342
- 343.....2-التلقيح الخارجي: 343
- 345.....رابعا: حكم التلقيح الاصطناعي 345
- 345.....1-مواقف الفقه الإسلامي من التلقيح الاصطناعي: 345
- 345.....أ-حكم التلقيح بماء أجنبي: 345
- 346.....ب-حكم التلقيح بماء الزوجين: 346
- 354.....خامسا: موقف المشرع الجزائري من التلقيح الاصطناعي 354
- 354.....1-أن يكون الزواج شرعيا: 354
- 355.....2-أن يكون التلقيح برضا الزوجين: 355
- 356.....3-أن يكون التلقيح أثناء حياة الزوجين: 356
- 357.....4-أن يتم التلقيح بمني الزوج وبويضة الزوجة: 357
- 358.....المطلب الثاني: المسائل المتعلقة بالنسب 358
- 359.....الفرع الأول: البصمة الوراثية 359
- 359.....أولا-تعريف البصمة الوراثية: 359
- 359.....1-تعريف البصمة لغة: 359
- 359.....2-تعريف البصمة اصطلاحا: 359
- 359.....أ-تعريف البصمة الوراثية في الفقه: 359
- 360.....ب-تعريف البصمة الوراثية في القانون: 360
- 360.....ثانيا- خصائص البصمة الوراثية بنيويا وفنيا: 360
- 360.....1-الخصائص الخلقية: 360
- 363.....ثالثا- مدى حجية البصمة الوراثية في الفقه الإسلامي: 363
- 364.....1- حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب: 364
- 364.....أ- الرأي الأول: البصمة الوراثية بينة قطعية: 364
- 367.....ب-الرأي الثاني: البصمة الوراثية قرينة ظنية 367
- 368.....2-حجية البصمة الوراثية في نفي النسب: 368

- أ-المذهب الأول: 368.....
- ب-المذهب الثاني: 370.....
- ج-المذهب الثالث: 372.....
- 3- شروط العمل بالبصمة الوراثية: 373.....
- رابعا- حجية البصمة الوراثية في قانون الأسرة الجزائري: 375.....
- 1-موقع البصمة الوراثية من أدلة إثبات النسب العلمية: 376.....
- 2-مدى حجية البصمة الوراثية في قانون الأسرة: 376.....
- المطلب الثالث: المسائل المتعلقة بالنسل 378.....
- الفرع الأول: الإجهاض 378.....
- أولا- تعريف الإجهاض: 378.....
- 1- تعريف الإجهاض لغة: 378.....
- 2-تعريف الإجهاض اصطلاحا: 379.....
- أ-التعريف الطبي للإجهاض: 379.....
- ب- التعريف الفقهي للإجهاض: 379.....
- ج- التعريف القانوني للإجهاض: 380.....
- د- مراحل تخلق الجنين: 381.....
- و- زمن نفخ الروح: 383.....
- الترجيح: 384.....
- ثانيا- حكم الإجهاض: 386.....
- 1-الإجهاض الاختياري: 386.....
- أ- حكم الإجهاض الاختياري في الفقه: 386.....
- حكم الإجهاض الاختياري قبل نفخ الروح: 387.....
- حكم الإجهاض الاختياري بعد نفخ الروح: 389.....
- ب- حكم الإجهاض الاختياري في القانون: 390.....
- الأركان العامة لجريمة الإجهاض: 391.....
- عقوبة جريمة الإجهاض الاختياري: 394.....

- 396..... 2- حكم الإجهاض الاضطراري:
- 396..... أ- حكم الإجهاض لدواع طبية خاصة بالأم:
- 397..... - الحكم الفقهي للإجهاض لدواع طبية تخص الأم:
- 397..... - المذهب الأول:
- 397..... - المذهب الثاني:
- 400..... - الحكم القانوني للإجهاض لدوافع طبية تخص الأم:
- 401..... ب- حكم إجهاض الجنين المشوه:
- 401..... - الأسباب المسهمة في تشوه الأجنة:
- 403..... - الحكم الفقهي لإجهاض الجنين المشوه:
- 406..... - حكم القانون في إجهاض الجنين المشوه:
- 407..... ج- الإجهاض للجنين الناجم عن الاغتصاب:
- 407..... - الحكم الفقهي للإجهاض من اغتصاب:
- 410..... - الحكم القانوني لإجهاض الجنين الناجم عن الاغتصاب:
- 411..... المبحث الثالث: الاجتهاد التزيلي في المسائل الطبية الحديثة
- 412..... المطلب الأول: المسائل المتعلقة بالأمراض الحديثة والتشخيص المبكر
- 412..... الفرع الأول: الفحص الطبي
- 412..... -أولا: تعريف الفحص الطبي
- 412..... 1- التعريف اللغوي للفحص الطبي
- 413..... 2- التعريف الاصطلاحي للفحص الطبي
- 414..... -ثانيا: العيوب والأمراض المعنية بالفحص الطبي قبل الزواج
- 414..... 1- عيوب الرد:
- 415..... أ- صاحب حق الرد بالعيوب (من يثبت له حق الرد بالعيوب):
- 416..... ب- عيوب الرد:
- 418..... 2- الأمراض الوراثية
- 419..... أ- الأمراض الكروموزومية: (Chromosomal Disorders Abnormalities)
- 420..... -الانتقال (Translocation):

- 420..... :الحذف (Deletion)
- 420..... :المضاعفة المزدوجة (Duplication)
- 420..... :الانقلاب (Inversion)
- 420..... :الانقسام المماثل (Iso Chromosome)
- 421..... :ب-الأمراض الجينية (Gene Disorders)
- 421..... :الأمراض الجينية البسيطة:
- 422..... :الأمراض الجينية الكمية (Polygenic Disorders)
- 423..... :ج- أمراض متعددة الأسباب:
- 423..... 3- الأمراض المعدية
- 423..... :أ-الإيدز (Acquired Immune Deficiency Syndrome)
- 424..... :ب- الزهري (Syphilis)
- 425..... :ج-الهربس (Herpes)
- 425..... :د-السيلان (Gonorrhea)
- 426..... 4- اختلالات وعلل أخرى
- 427..... ثالثا: حكم الفحص الطبي
- 427..... 1- الحكم الشرعي للفحص الطبي
- 430..... 2- حكم إيجاب الفحص الطبي والإلزام به
- 430..... أ-المذهب المانع:
- 431..... ب-المذهب المجيز:
- 432..... 3- حكم الفحص الطبي في القانون الجزائري
- 436..... المطلب الثاني: المسائل المتعلقة بنقل الأعضاء التناسلية
- 437..... الفرع الأول: نقل الأعضاء التناسلية
- 437..... أولا- مفهوم الأعضاء التناسلية في الإنسان:
- 437..... 1- الجهاز التناسلي عند الذكر:
- 437..... أ-الخصيتين:
- 438..... ب-البربخ "Epidymis":

- 439..... ج- الحويصلة المنوية "Seminal Vesicles" :
 439..... د- البروستات "Prostate" :
 440..... هـ- القضيب "Penis" :
 440..... 2-الجهاز التناسلي عند الانثى :
 440..... -المبيضان "Ovaries" :
 441..... - الرحم "Uterus" :
 442..... -قناة الرحم "Uterine Tubes" :
 442..... - المهبل "Vagina" :
 442..... - الفرج "Vulva" :
 442..... ثانيا: حكم نقل الأعضاء التناسلية :
 443..... أ-حكم الفقه في نقل الأعضاء التناسلية :
 443..... - حكم نقل الأعضاء التناسلية الحاملة والناقلة للصفات الوراثية :
 443..... - القول الأول :
 446..... -القول الثاني :
 448..... - حكم نقل الأعضاء التناسلية غير الناقلة للصفات الوراثية :
 449..... -المذهب الثاني :
 449..... - المذهب الثالث :
 450..... ب-حكم القانون في نقل الأعضاء التناسلية :
 452..... - الضوابط المتعلقة بشخص المتلقي :
 453..... - الضوابط المتعلقة بالهيئة الاستشفائية القائمة بعملية زرع الأعضاء :
 554 المسارد الفنية
 555 مسرد الآيات القرآنية
 560 مسرد الأحاديث والآثار
 569 مسرد الأعلام
 578 مسرد المصادر والمراجع
 633 قائمة الاختصارات

635 مسرد الموضوعات

الملخص:

تتغى هذه الدراسة التأصيلية الكشف عن مقارنة الإجراء التمثلي للأحكام الفقهية والقواعد القانونية على الواقع، وبحث نوايسها الضابطة وأصولها الحاكمة في الفعل التنزيلي على جزئيات الواقع، وحوادث الدعوى، وحوالف الأوضاع المستجدة في المجال الأسري. ولا يتسنى ذلك دون استقصاء ماهية الاجتهاد التنزيلي، وتدقيق مفهومه، وتمحيص اصطلاحاته الضمائية، لتضطلع الدراسة بعدها ببحث أسسه الناهضة به في الفقه الإسلامي والتنظيم القانوني والاجتهاد القضائي. ورفلاً للدراسة بالصدق العلمية يتعين شفعها بشق تطبيقي شامل للأصول الموضوعية الجامعة في مجال الأحوال الشخصية؛ مما له أوثق الصلة بالحياة الزوجية والأسرية؛ زواجاً وفرقةً وآثاراً، لتنزيل ما يلائمها من أحكام وقواعد هادية لمفاعيل الحياة الزوجية والأسرية، بما يحقق المقصود الشرعي لها من مودة وسكينة، ورحمة وطمأنينة، وتنشئةً صالحة.

Abstract :

This study aims to make an approach to the application of jurisprudence and legal rules on reality, looking controls application of the provisions on the facts and emerging issues in the field of family. This search Can not be achieved without discuss the concept of applied jurisprudence «Ijtihad Tanzili», and check its contents, and audit its terminology, then, the study examine its founded in Islamic Fiqh and legal regulation and jurisprudence. Even the study is characterized by credibility must be included applied part including a major family issues; which are closely related to marital and family life; a marriage and a divorce and their effects, to bring down the appropriate provisions on the facts of marital and family life, and realized its legitimate purposes, including, of affection, tranquility, love, mercy, and a good offspring.