جامعة جيلالي بونعامة خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الإشكالية القانونية في تطبيق نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري .

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر في قسم الحقوق

تخصص:

إعـداد الطالب :

– باجـو عبد القادر .

– لعربي بوعمران عبد الله

إشـراف: الاستاذ الدكتورة

– خيدر محمد .

لجنه المناقشة:

1–الأستاذ الدكتور : .....رئيسا.

2–الأستاذ الدكتور: .. ..مشرفا ومقررا.

3–الأستاذ الدكتور: .....عضو مناقشا.

2022/2021

جامعة جيلالي بونعامة خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الإشكالية القانونية في تطبيق نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري .

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر في قسم الحقوق

تخصص:

إعـداد الطالب :

– باجـو عبد القادر .

– لعربي بوعمران عبد الله

إشـراف: الاستاذ الدكتورة

– خيدر محمد .

لجنه المناقشة:

1–الأستاذ الدكتور : .....رئيسا.

2–الأستاذ الدكتور: .. ..مشرفا ومقررا.

3–الأستاذ الدكتور: .....عضو مناقشا.

2022/2021

الشكر والتقدير

لكل من علمني علما نافعا ولو حرفا، إلى كل من أنار لي الطريق إلى النجاح.

إلى من أرشدني وعلمني أتقدم بالشكر والعرفان الجزيل.

لسعادة الدكتور/ **خيدر محمد** ، التي أفادني من علمه مما ساعدني في إعداد هذا المشروع وإخراجه بهذه الصورة التي اجتهدت أن تكون بأفضل صورة قدر المستطاع.

والشكر موصول إلى كل أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية بمختلف الجامعات الذين أفادوني من علمهم وساعدوني على تخطي هذا المشروع لإظهاره بالصورة الجيدة.

والشكر أيضا إلى كل من يقرأ هذا البحث بغرض الاطلاع والاستفادة منه، ومن ثم المقدرة على التحديث والتطوير والوصول إلى الأفضل بإذن الله.

والشكر الجزيل والامتنان الكبير إلى عائلتي فهي أعز النعم التي أنعم الله بها عليا، فقد كانت لي سندا وعونا لإعداد هذا البحث من خلال توفير الجو الملائم للدراسة والاستذكار.

وقبل أن امضي اقدم أسمى آيات الشكر والامتنان والتقدير والمحبة إلى الذين حملوا أقدس رسالة في الحياة.

وإلى جميع أساتذتنا الأفاضل الذين مهدوا لنا طريق العلم والمعرفة.

باجـو عبد القادر ***لعربي بوعمران عبد الله

الاهـــــداء1

إن رحلتي الجامعية قد انتهت اليوم بالفعل، من بعد تعب ومشقة لوقت طويل.

وها أنا اليوم أختم بحث تخرجي بكل ما لدي من همة ونشاط وبداخلي كل تقدير وامتنان لكل شخص كان له الفضل في مسيرتي وقدم لي المساعدة ولو بالقليل، لكل فرد من عائلة باجـو الأعزاء، دون أن أنسى جميع أصدقائي ومعارفي الكرام، الذين أكن لهم كل الحب والتقدير والاحترام.

ولا يمكن أن أنسى أساتذتي الكرام الذين كان لهم الفضل الكبير والدور الأول في مساعدتي وتوضيح لي العديد من المعلومات الهامة والقيمة بكل ما يملكون من جهد ووقت.

أهديـــــــكم اليوم بحث تخرجي داعي الله عز وجل أن ينال إعجابكم.

باجـو عبد القادر

الاهـــداء2

اهدي هذا العمل المتواضع إلى جميع أفراد أسرتي العزيزة الغالية عائلة **لعربي بوعمران عبد الله** و كل باسمه أينما وجدوا خاصة إلى والداي سر نجاحي في الحياة أينما كانوا.

إلى أصدقائي رفقاء دربي من داخل الجامعة و خارجها.

إلى سعادة الأستاذ / **خيدر محمد** ، فقد كان حريصا على قراءة كل ما أكتب ثم يوجهني إلى ما يرى بأرق عبارة و ألطف إشارة، فله مني وافر الثناء و خالص الدعاء دون أن انسي أساتذتي الكرام الذين أناروا دروبنا بالعلم و المعرفة.

إلى كل من يقتنع بفكرة فيدعو إليها و يعمل على تحقيقها، لا يبغي بها إلا وجه الله و منفعة الناس.

إليكم أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع

لعربي بوعمران عبد الله

خطة الدراسة:

مقدمه.

الفصل الاول: مفهوم الشريعة الاسلامية وعلم الفقه الاسلامي.

المبحث الاول : تعريف الشريعة الإسلامية لغة واصطلاحا.

المطلب الاول: تعريف الشّريعة الإسلاميّة.

الفرع الاول: تعريف الشّريعة الإسلاميّة لغة.

الفرع الثاني : تعريف الشّريعة الإسلاميّة اصطلاحًا.

الفرع الثالث: اختلاف الشريعة الاسلامية عند بعض المسلمين.

المطلب الثاني: اقسام الاحكام الشرعية .

الفرع الاول: الاحكام الشرعية بمعناها العام.

الفرع الثاني: الاحكام الشرعية بمعناها الخاص .

الفرع الثالث:حاجة الامة الاسلامية الى الشريعة الاسلامية والفقه القائم عليها.

المبحث الثاني: علم الفقه الاسلامي .

المطلب الاول: تعريف الفقه في اللغه والاصطلاح.

الفرع الاول: الفقه الاسلامي لغة.

الفرع الثاني: الفقه الاسلامي اصطلاحا.

الفرع الثالث: اقسام الفقه الاسلامي .

المطلب الثاني:المرجعية الفقهية الفقهية للقضاء قبل صدور قانون الاسرة.

الفرع الاول : مسائل أخذت فيها المحكمة العليا بالمذهب المالكي تصريحا.

الفرع الثاني : مسائل وافقت فيها المحكمة العليا المذهب المالكي

الفرع الثالث: مسائل استنبطت المحكمة العليا حكمها وفق قواعد المذهب المالكي.

الفصل الثاني: مجالات تطبيق المادة 222 من قانون الاسرة.

المبحث الاول: شروط تطبيق المادة 222 من قانون الاسرة.

المطلب الأول: شروط الشهود في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

الفرع الاول: شروط الإشهاد في الفقه.

الفرع الثاني :موقف قانون الأسرة الجزائري من شروط الإشهاد .

المطلب الثاني: موقف القضاء من شروط الإشهاد في عقد الزواج .

الفرع الاول: مسائل شروط الاشهاد اغفلها قانون الاسرة.

الفرع الاول: مسائل في شروط الشهود في عقد الزواج

المبحث الثاني: اشكالات قانونية في تطبيق المادة 222 من قانون الاسرة .

المطلب الأول: مسالة الشقاق في الفقه الإسلامي وتطبيق المادة 222 من قانون الاسرة

الفرع الاول: اشكالات التفريق للشقاق في الفقه الاسلامي.

الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من اشكالات التطليق للشقاق المستمر .

المطلب الثاني: موقف القضاء من التطليق للشقاق المستمر في تطبيق المادة 222 من قانون الاسرة.

الفرع الاول: قبل تعديل قانون الأسرة

الفرع الثاني: بعد تعديل قانون الأسرة.

خاتمة.

المستخلص:

أحال المشرع الجزائري (في المادة 222 من قانون الأسرة) القاضي عند انعدام النص التشريعي إلى "أحكام الشريعة الإسلامية" دون تحديد مذهب معين، خلافا لأغلب التشريعات العربية التي قيّدت القاضي بالمذهب الفقهي السائد في البلد. ويصعب في ظل هذا الإطلاق إصدار حكم بخصوص تعامل القضاء الجزائري مع هذا المصدر الاحتياطي "أحكام الشريعة الإسلامية"، واستمداد حكم المسألة المعروضة عليه منه، غير أن من يُرجع البصر في القرارات الصادرة عن المحكمة العليا(غرفة الأحوال الشخصية) المتضمنة اجتهاداتها المستندة إلى المادة المذكورة (222 من قانون الأسرة)، يتبين أن الاتجاه السائد عندها هو تبنّي الفقه المالكي مرجعا لقراراتها، لا سيما ما استقر فيه المذهب عند المتأخرين (المشهور)؛ فلم تخرج عن المذهب المالكي السائد إلا نادرا . وهذا ملمح مهِم يُبرّرُ الدعوات إلى تأطير المرجعية الفقهية بمدرستيها المالكية والإباضية قانونا؛ بل ودسترتها تحصينا للمجتمع من الأفكار النِّحليّة التي بدأت تغزو الوطن في المدة الأخيرة على غرار''المدخلية ''و''التّشيع'' و''الأحمدية'' و''الداعشية''... وغيرها من المذاهب الدخيلة التي تمس الأمن الفقهي العقدي، وحتى الاجتماعي والتوافق بين مكونات المجتمع الجزائري.

Abstract As is well known, the Algerian legislator (in article 222 of the Family Code) refers to the judge in the absence of a legislative provision to "the provisions of Islamic law" without specifying a particular doctrine, unlike most Arab legislation that restricted the judge to the jurisprudent doctrine prevailing in the country. In light of this release, it is difficult to make a judgment on the Algerian judiciary's handling of this "precautionary source" with the source of Islamic law, and to draw the judgment of the matter before it. However, those who turn their backs on the decisions of the Supreme Court (Chamber of Personal Status), which contain their jurisprudence based on the said article (222 of the Family Code), shows that the prevailing trend is to adopt the Maliki jurisprudence as a reference to its decisions, Famous); never graduated from the Maliki doctrine prevailing only rarely. This is an important feature that justifies the calls for framing the jurisprudential reference in its Maalikis and Ibadi schools by law; rather, it protects the society from the ideas that began to invade the homeland in the last period, such as "Shiism", "Ahmadiyya" and "Da`ishis". And the social and compatibility between the components of Algerian society.

مقـــدمـــة

مقدمة :

ان قانون الاسرة له اهمية البالغة في تنظيم الاسرة وامددها بالاحكام التي تنظم حقوق افراد الاسرة من زواج ومقدمته وحقوق الزوجين وواجباتهما المتنوعة والاثار المترتبة على عقد الزواج من نسب وممنوعات الزواج واحكام النفقة والحضانة والعدة والنيابة الشرعية فضلا على شروط الزواج و اركانه فاذا ما اثيرت مسالة من المسائل المختلفة المتعلقة بالاسرة فان القاضي بالضرورة يحكم فيها ما تتوفر من احكام منصوص عليها في قانون الاسرة.

ان القضاة لا سيما على مستوى الاجتهاد القضائي قبل صدور الاسرة حينما يطرح عليهم اشكال قانوني يتعلق بمسائل الاسرة فقد كان الفقهاء يدعمون احكامهم بالرجوع الى مدونات الفقه المالكي كمختصر خليل بن اسحاق المالكي وتحفه الحكام لمحمد بن عاصم الاندلسي وغالبا ما يصدرون احكامهم طبقه للراي الفقهي الراجح الا في حالات خاصة جدا .

صدر قانون الاسرة بالقانون رقم 84-11 المؤرخ في9 جوان 1984 المعدل والمتمم بالامر الرقم05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 وقد نظم اغلب المسائل القانونية المتعلقة بالاسرة وقد اعتمد المشرع فيه على ايسر المذاهب و ارجحها وفي بعض الاحيان خالف المذاهب السنية المعتمدة لدى المذاهب الفقهية الاربعة واعتمد لضرورة المصلحة ومجاراة للتطور الحادث في المجتمع على بعض المذاهب الشبعية ان لم يصرح بذلك كإسناد الحضانة للاب بعد سقوطها بموجبها الشرعي عن الام الا ان هنا القانون سواء في نسخته الاصلية او بعد التعديل والتتميم قد اغفل الكثير من المسائل التي يحتاج اليها الناس في معاملاتهم فتيسر عليه نص في الماده 222 من قانون الاسرة على العودة الى الشريعة الاسلامية في كل مسالة لم يرد النص عليها في القانون.

ان الناضر او الباحث او القاضي يرى في هذه الاحالة على الشريعة الاسلامية ان المشرع قد احسن صنعا حينما احال عليها لكن المتعمق في فهم الشريعة الاسلامية يجد ان هذا المفهوم هو مفهوم واسع غير مقيد فهل يقصد بالشريعة الاسلامية المذاهب الفقهية السنية المعتمدة او المذاهب الفقهية المندثرة او القواعد الفقهية المقررة والمدونة ام اي راي فقهي ولو كان رايا ضعيفا ام الرجوع الى الكتاب والسنة مباشره لا سيما وان المذاهب الفقهية اختلفت فيما بينها وحتى ان المذهب الواحد قد اختلفت اراء فقهائه .

ان القاضي يجد نفسه في حيره من امره وباي راي فقهي يحكمه في المسالة المطروحة عليه مما يجعل من احكام القضاة احكاما متناقضة.

في الصدد يمكن لنا ان نطرح الاشكالية التالية :

هل اصاب المشرع الجزائري في الاحالة على الشريعة الاسلامية ام انه صعب من مهمة القضاة؟

وبالضرورة يطرح الاحتمالين التاليين:

– ان الاحالة على الشريعة الاسلامية ينتج عنه تناقض في الاحكام مما قد يهضم حقوق المتقاضين.

– ان الاحالة على الشريعة يقصد بها المعتمد في المذهب المالكي ام ان القاضي غير مقيد بمذهب من المذاهب.

– ان القاضي هو في الاصل رجل قانون يجهل الى حد بعيد احكام الشريعة الاسلامية بمذاهبها المختلفة.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة الى تحقيق الاهداف التالية :

– تحديد مفهوم الشريعة الاسلامية التي احال عليها المشرع .

– تحديد مفهوم الاحالة على الشريعة الاسلامية .

– تحقيق كيفيات تصرف القضاء في الجزائري مع هذه الاحالة.

– بيان ان هذه الاحالة قررت لارضاء بعض الاطراف ذات التوجه ايديولوجي .

– اظهار ان هذه الاحالة قد قطعت الصلة بين قانون الاسرة والقوانين الاخرى.

– معرفه القوانين المقارنة في معالجتها لمسالة الاحالة.

اسباب الدراسة:

قد دفعتنا الى الخوض في هذه الدراسة دافع شخصيه وموضوعيه اما الدوافع الشخصية فتتمثل في الرغبة الجامحة لدينا في بحث هنا الموضوع الهام لاسيما وان المسالة تتعلق بتخصصنا في قانون الاسرة فنلم باطراف

الموضوع ونتعرف عن قرب عن مشاكل هذه الاحالة وكيف يعاني منها القضاة في مختلف ربوع الوطن لان المسالة تتطلب ثقافة قانونية وشرعية متينة لاسيما في علوم الشريعة الاسلامية اذ انها تخصص قائم بذاته .

ان الدوافع الموضوعية فبالنظر الى خلو المكتبات او الحواضر العلمية عن الدراسات في هذا الميدان اردنا ان نساهم ببحث علمي يخص هذه المسالة الهامة لتعلقها بحقوق الاطراف المتخاصمة وحتى تكون هذه الدراسة لبنه اولى تتلوها دراسات متخصصة اخرى.

الدراسات السابقة:

في حدود علمنا لم نعثر على دراسة متخصصة سواء مقالات اكاديمية او رسائل او مذكرات جامعيه تناولت موضوع الدراسة وبينت مفهومه واشكالاته الا ما عثرنا عليه من اشارات في بعض الكتب العامة المتعلقة ببحث مباحث الاسرة بفروعها المختلفة ولذلك فان هذه الدراسات ستسهم في تقديم اضافة الى الدراسات القانونية المتعلقة بمسالة الاحالة على الشريعة الاسلامية.

المنهج المتبع:

إن من أجل دراسة موضوع الاشكالات القانونية في تطبيق نص المادة 222 من قانون الاسرة الجزائري، اعتمدنا في دراستنا هذه على المنهج التحليلي اساسا لمناسبته للموضوع والمنهج المقارن كاستثناء لان اغلب عملنا سينصب على التحليل والمقارنة، يقوم على تقسيم أو تجزئة الظواهر أو المشكلات البحثية إلى العناصر الأولية التي تُكَوّنها؛ لتسهيل عملية الدراسة، وبلوغ الأسباب التي أدَّت إلى نُشوئها، ويستخدم بالتزامن مع طرق علمية أخرى.

صعوبات الدراسة:

اعترضتنا في سبيل اتمامنا لموضوعنا صعوبات جمة من حيث قله المراجع الخاصة وصعوبة الحصول على قرارات حديثه للمحكمة العليا العديد من التحديات والصعوبات ناتجة عن:

- يمكن أن يشكِل نقص الخبرة المكتسبة حاجز يساهم في اعاقة سير الدراسة .
- شمولية البحث وسعته مما يؤدي الى افلات الكثير من جزئياته.
- الافتقار للطرق الاساليب الصحيحة التي تساعد على تجميع المعلومات.
- صعوبة متعلقة بالرجوع لمصادر المعلومات، والمراجع الداعمة للبحث العلمي في المكتبة الجامعية.
- عدم توفر بيئة مناسبة، إضافةً إلى الافتقار للمعدات والأدوات اللازمة.

ونضع بعض الاقتراحات للتغلب على هذه الصعوبات ونذكر منها مايلي:

– جمع المعلومات والمصادر الكافية عن موضوع البحث فمن الممكن أن تجمع هذه المصادر والمراجع من المكتبات أو من مواقع الإنترنت.

– اعداد دورات تدريبية لتعليم طرق وخطوات اعداد البحوث وتقوم على اعطاء تحفيزات ودوافع تشجيعية.

وللإجابة على هذه الإشكالية، وتقديم الحلول المناسبة لهذه الاحالة على الشريعة الاسلامية وما تثيره من اشكالات حاولنا ان نقسم دراستنا حيث تضمنت منهجية الدراسة خطة ثنائية التقسيم مكونة من فصلين:

تناولنا في **الفصل الاول مفهوم الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامي** حتى نحدد تعريف الشريعة الإسلامية لغة واصطلاحا، واختلاف الشريعة الاسلامية عند بعض المسلمين.اما في المطلب الثاني قسامنا الاحكام الشرعية بمعناها العام، وبمعناها الخاص، وتوضيح حاجة الامة الاسلامية الى الشريعة الاسلامية والفقه القائم عليها، اما المبحث الثاني خصص لعلم الفقه الاسلامي تناولنا تعريف الفقه في اللغه والاصطلاح، واقسام الفقه الاسلامي اما المطلب الثاني حدد المرجعية الفقهية للقضاء قبل صدور قانون الاسرة، تناول مسائل أخذت فيها المحكمة العليا بالمذهب المالكي تصريحا ومسائل وافقت فيها المحكمة العليا المذهب المالكي ومسائل استنبطت المحكمة العليا حكمها وفق قواعد المذهب المالكي.

اما **الفصل الثاني تناول مجالات تطبيق المادة 222 من قانون الاسرة**، خصص لشروط تطبيق المادة 222 من قانون الاسرة، في المطلب الأول توضيح شروط الشهود في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، اما المطلب الثاني يوضح موقف القضاء من شروط الإشهاد في عقد الزواج تناولنا فيه مسائل شروط الاشهاد اغفلها قانون الاسرة ومسائل في شروط الشهود في عقد الزواج اما المبحث الثاني تناول اشكالات قانونية في تطبيق المادة 222 من قانون الاسرة حدد مسالة الشقاق في الفقه الإسلامي وتطبيق المادة 222 من قانون الاسرة، والمطلب الثانيموقف القضاء من التطليق للشقاق المستمر في تطبيق المادة 222 من قانون الاسرة قبل تعديل قانون الأسرة، بعد تعديل قانون الأسرة.

الفصـــــل الأول:

مفهوم الشريعة الاسلامية

وعلم الفقه الاسلامي.

الإسلام عقيدة وعمل، ودين ودولة، ومنهج حياة في شتّى المجالات؛ الاجتماعيّة، والاقتصاديّة وغيرها، وهو أن يستسلم المسلم لله بالتّوحيد والإذعان له، وإخلاص النّيّة في عمله، وتخليصه من الشّرك، فجميع خلائق الله كلّها تلتقي في الخضوع لله والالتزام بشرعه، والإسلام هو الدّين الذي بعث الله به محمّد –صلى الله عليه وسلّم–، ليكون علمًا بشريعته، وعنوانًا لملّة الرّسول –عليه السّلام–، والواجب اتباع الجنّ والإنس الدّين الإسلامي، وهذا لا يتأتّى إلّا بتطبيق أحكام الشّريعة الإسلاميّة؛ لأنّها وحي من الله تعالى للنّبي مُحمّد –عليه السّلام لتخرج النّاس من الظلمات إلى النّور، وفي هذا المقال سيتم تعريف الشّريعة الإسلاميّة مع بيان خصائصها وأهدافها، إضافة إلى أوجه اتّفاق الشّرائع السّماويّة.

المبحث الاول : تعريف الشريعة الإسلامية لغة واصطلاحا.

ان الشريعة الاسلامية شريعة الاهية تهدف الى تحقيق مصالح الانسان دون تمييز من حيث لونه، او جنسه، او جاهه، او شرفه، فالكل سواسية امام القانون، لا فرق بين الغني او الفقير، بين الضعيف او القوي، او بين الوجيه و الوضعي، كما تتوخى اسعاد الفرد و الجماعة، فالتّشريع الإسلاميّ تشريع عالمي صالح لكل زمان ومكان والدّليل على ذلك قوله تعالى: {وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَافَّةً لِلنَّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا وَلَٰكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ}

المطلب الاول: تعريف الشّريعة الإسلاميّة.

تعريف الشّريعة الإسلاميّة أساسه تحقيق المصالح ودرء المفاسد، هذا يعني أنّ المقاصد الشّرعيّة شرعها الله لتكون مصلحة كاملة وتامّة للعبد في دنياه وآخرته إذا التزم بالأحكام الشرعية التي أنزلها الله على الرّسول – صلّى الله عليه وسلّم، وفيما يأتي بيان تعريف الشّريعة الإسلاميّة لغةً واصطلاحًا

الفرع الاول: تعريف الشّريعة الإسلاميّة لغة.

قال الليث: الشَّريعةُ :مُنحَدَرُ الماءِ وبها سُمِّيَ ما شرَعَ الله للعباد من الصَّوْمِ والصَّلاةِ والحَجِّ والنِّكاحِ وغيرِه وفي المفردات للرَّاغِبِ، وقال بعضُهم: سُمِّيَت الشَّريعةُ تَشبيهاً بشَريعَةِ الماءِ بحيثُ إنَّ مَنْ شَرَعَ فيها على الحَقيقة المِصدوقَةِ رَوِيَ وتَطَهَّرَ قال: وأَعني بالرِّيِّ ما قال بعضُ الحُكماءِ: كنتُ أَشرَبُ ولا أَرْوَى فلمّا عرفْتُ اللهَ رَوِيتُ بلا شُرْبٍ. وبالتَّطهير ما قال عزَّ وجَلَّ: {إِنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنكُمُ الرِّجْسَ أَهْلَ الْبَيْتِ وَيُطَهِّرَكُمْ تَطْهِيراً}[1] .

[1]- سورة الأحزاب: 33.

ومن هذا الإرتباط تتحقق المقارنة بين صفات بئر الماء التي ينطبق عليها اسم الشريعة وبين خصائص الشريعة المنزلة من عند الله .وهذا ما جاء في كتب اللغة نقتصر فيها علي ماجاء في (لسان العرب) لابن منظور و(تاج العروس) للزبيدي .

تعني ايضا :مَوْرِدُ الشاربة الذي تَشْرَع فيه الدَّوابُّ وهمُّها طلبها، التي يردها الناس فيشربون منها ويستقون، والعرب لا تسميها شريعة حتى يكون الماء لا انقطاع له، ويكون ظاهرًا معينا لا يُسقى بالدلو، وشرعت في هذا الأمر شُرُعا: أي خضت [1]

الشريعة في لغة العرب هي: هي مصدر شرع، وتُطلق على معنيين :الطريق المستقيمة، أي جعلناك على طريقة مستقيمة ، و مورد الماء الجاري الذي يُقصد للشرب، يُقال: شرعت الإبل إذا قَصدت مَورد الماء للشرب يسمى: شرعة، وشرع لهم كذا أي: سن لهم كذا[2].

الشّريعة في اللّغة تعني: "كلّ ما يُطلق على مورد الماء ومنبعه ومصدره، كما تُطلق على الدين والملة والطريقة والمنهاج والسنة، والشريعة والشرع والشرِّعْة بمعنى واحد"، أمّا الإسلام في اللّغة يعني: "الانقياد والاستسلام لله –سبحانه تعالى– بتوحيده وعبادته والامتثال إلى أوامره واجتناب نواهيه"

الفرع الثاني : تعريف الشّريعة الإسلاميّة اصطلاحًا.

وأما في الاصطلاح فالمقصود بالشريعة: ما شرع الله لعباده من الدين، وبين لهم من الأحكام المختلفة، وسميت شريعة لاستقامتها وشبهها بمورد الماء، لأن بها حياة النفوس والعقول، كما أن في مورد الماء حياة الأبدان .

فالشريعة إذن تشمل العقائد والعبادات والمعاملات والسياسات والعادات، وغير ذلك من مجالات الحياة، فما من جانب من جوانب الحياة إلاَّ وقد بين الله لنا فيه ما يحل ويحرم، إما تفصيلاً بذكره والتنصيص عليه، وإما بإرجاعه إلى القواعد الكلية التي عليها مبنى الشريعة .

نظر أهل التحقيق من العلماء في معنى الشريعة في الكتاب والسنة، فوجدوها تنتظم كل ما شرعه الله من العقائد والأعمال، كما يقول ابن تيمية رحمه الله . [1]

---

[1]- ابن منظور، معجم لسان العرب ، ايران، ادب حوزة –قم، محرم1405هـ، ص105.

[2]- سورة الجاثية ، آية: 18

أمّا بالنّسبة لتعريف الشريعة الإسلاميّة اصطلاحًا فهي: ما شرعه الله سُبحانه وتعالى لعِباده من الأحكامِ التي جاء بها النبيُّ محمّد –صلّى الله عليه وسلّم ، سواءً كانت هذه الأحكام متعلقة بكيفية الاعتقاد وتسمى أحكاماً اعتقاديّةً أو أحكاماً متعلقة بكيفية عمل، وتسمى فرعية وعمليّةً ليُؤمنوا بها فتكون سعادتهم في الدنيا والآخرة.[2]

وبإضافة لفظ الإسلام إلى الشريعة كان مَعنى الشريعة الإسلاميّة: ما نَزل به الوَحي على مُحمّد صلى الله عليه وسلّم من الأحكام التي تُصلِح أحوال الناس في الدنيا والآخرة سواءً في ذلك الأحكام العقائديّة، أو الأحكام العمليّة، أو الأخلاق.[3]

ويقول ابن الأثير : "الشرع والشريعة هو ما شرع الله لعباده من الدين، أي: سنه لهم، وافترضه عليهم"[4]

والشريعة على ما ذكره هؤلاء الأعلام وأضرابهم تنتظم كل الأحكام التي سنها الله في كتابه، أو جاءتنا عن طريق رسوله ﷺ في سنته، لا فرق بين أن تكون في مجال العقيدة أو العمل أو الأخلاق . وهذا هو تعريف الشريعة بمعناها العام، وهذا هو التعريف المشهور للشريعة قديماً وحديثاً

الفرع الثالث: اختلاف الشريعة الاسلامية عند بعض المسلمين.

استعمل العلماء لفظ الشريعة باستعمالات متعددة وذلك حسب المقام فمنهم من أطلقها على التوحيد وما سواه من الفروع ومنهم من أطلقها وأراد بها التوحيد فقط ومنهم من أطلقها وأراد بها الفروع فقط [5]. والرأي الراجح في معنى الشريعة عند الباحثين: هي الفرائض والحدود والأمر والنهي[6] .

---

[1]- احمد ابن تيمية ، مجموع الفتاوى، المدينة النبوية، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية ، 1416هـ/1995م ،306/19.

[2]- نور قاروت، السنة النبوية ومكانتها ، المدينة المنورة،مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف ، ص 6.

[3]- إسحاق بن عبد الله السعدي ، دراسات في تميز الأمة الإسلامية وموقف المستشرقين منه،ج1، ط1، قطر، وزارة الأوقاف والشؤون ، 2013،

ص 304.

[4]- ابن الاثير، النهاية في غريب الحديث والاثر، بيروت، المكتبة العلمية، 1979، 360/2.

[5]- عابد بن محمد السفياني، الثبات والشمول في الشريعة الإسلامية، مكة المكرمة ، مكتبة المنارة، 1988، ص 24-26.

[6]- عبد الله يحي الكمالي، الشريعة الإسلامية وفقه الموازنات، دار ابن حزم، 2000، ص 30.

فيدخل في تعريفها التوحيد وسائر الأحكام، وهي بذلك أعم من الحكم الشرعي الذي عرفه العلماء بأنه: الخطاب المتعلق بأفعال المكلفين بالطلب، أو التخيير أو الوضع[1] .

فيمثل الحكم الشرعي الوجه العملي للدين فقط، والشريعة تمثل الوجهين العقدي والعملي معًا.

فالمذهب : هو ما اختص به المجتهد من الأحكام الشرعية الفرعية الاجتهادية المستفادة من الأدلة الظنية.

ذكر ذلك جمع من العلماء منهم :الحموي في شرحه على الأشباه والنظائر لابن نجيم .

وقال الهيثمي في تحفة المحتاج :وأصله مكان الذهاب، ثم استعير لما يذهب إليه من الأحكام تشبيها للمعقول بالمحسوس .

أن اختلاف الأئمة المجتهدين رحمة من الله تعالى، قال العلامة بدر الدين الزركشي اعلم أن الله تعالى لم ينصب على جميع الأحكام الشرعية أدلة قاطعة؛ بل جعلها ظنية قصداً للتوسيع على المكلفين لئلا ينحصروا في مذهب واحد لقيام الدليل عليه[2] .

وقال الإمام ابن قدامة رحمه الله عن اختلاف الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين :اتفاقهم حجة قاطعة، واختلافهم رحمة واسعة .

ونقول إن الخلاف ينتج عن أسباب كثيرة منها :

– عدم بلوغ الحديث إلى بعض المجتهدين وبلوغه البعض الآخر.

قال الإمام ابن القيم فإن مجموع سنة رسول الله من أقواله وأفعاله وإقراره لا يوجد عند رجل واحد أبداً، ولو كان أعلم أهل الأرض، فإن قيل: فالسنة قد دونت وجمعت وضبطت وصار ما تفرق منها عند الفئة الكثيرة مجموعاً عند واحد، قيل: هذه الدواوين المشهورة في السنن إنما جمعت بعد انقراض عصر الأئمة المتبوعين، ومع هذا فلا يجوز أن يدعى انحصار سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم في دواوين معينة، ثم لو فرض انحصار السنة في هذه الدواوين فليس كل ما فيها يعلمه العالم، ولا يكاد يحصل ذلك لأحد أبداً؛ بل قد يكون عند الرجل الدواوين الكثيرة وهو لا يحيط علماً بما فيها، بل الذين كانوا قبل جمع هذه الدواوين كانوا أعلم بالسنة من المتأخرين بكثير لأن كثيراً مما بلغهم وصح عندهم قد لا يبلغنا إلا عن مجهول أو

[1]- محمد بن الحسن البدخشي - عبد الرحيم الأسنوي، شرح البدخشي على انهاج الاصول في علم الاصول 30/1، ومعه شرح الأسنوي 46/1.

[2]- محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي بدر الدين، البحر المحيط في اصول الفقه، مركز السنة للبحث العلمي، 1992، 120/8.

بإسناد منقطع أو لا يبلغنا بالكلية، وكانت دواوينهم صدورهم التي تحوي أضعاف ما في الدواوين . [1]

ومثل ذلك تماماً قاله شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله ومنها: أن الحديث قد يبلغ الأئمة ولكنهم يختلفون بعد ذلك في صحته لأمور، منها: الاختلاف في بعض الرواة توثيقاً وتضعيفاً، أو الاختلاف في شروط الصحة، وهل يعتبر المرسل حجة أم لا؟ وهل يعمل بالضعيف أم لا؟ وقد يبلغ بعضهم الحديث بسند صحيح ويبلغ الآخر بسند ضعيف . [2].

قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله وهو يتكلم عن أسباب الخلاف :السبب الثالث: اعتقاد ضعف الحديث باجتهاد قد خالفه فيه غيره[3] .

وقال ابن القيم فقد يعتقد أحد المجتهدين ضعف رجل ويعتقد الآخر ثقته وقوته، وقد يكون الصواب مع المضعف لاطلاعه على سبب خفي على الموثق، وقد يكون الصواب مع الآخر لعلمه بأن ذلك السبب غير قادح في روايته وعدالته. [4]

ثم إن بلغ الجميع واتفقوا على صحته فقد يختلفون في فهمه أو ضبطه من حيث اللغة. فكم من الأحكام تختلف بناء على رفع كلمة أو خفضها، وهل ذلك الحديث أو تلك الآية منسوخة أم محكمة؟ وهل دلالة الآية أو الحديث عامة باقية على عمومها أم هي مخصوصة؟ وهل هي مطلقة أم مقيدة؟ وهل المراد بها الحقيقة أو المجاز؟ أو يكون اللفظ في عرف الشرع له معنيان فيحمله عالم على معنى، ويحمله الآخر على المعنى الآخر .

ومن أسباب الاختلاف: اشتراط بعضهم في خبر الواحد شروطاً لا يشترطها غيره.

قال الإمام ابن القيم السبب الرابع: اشتراط بعضهم في خبر الواحد العدل شروطاً يخالفه فيها غيره، كاشتراط بعضهم أن يكون فقيها إذا خالف ما رواه القياس، واشتراط بعضهم انتشار الحديث وظهوره إذا كان مما تعم به البلوى.[5]

ويطلق بعض العلماء الشريعة مريداً بها الأحكام العملية، أي: المتعلقة بكيفية عمل مما تضمنه الكتاب والسنة، دون الأحكام الاعتقادية والاخلاقية، ويذكر شيخ الإسلام ابن تيمية أن الفقهاء المتأخرين في زمانه خصوا الشريعة بالأحكام الشرعية العملية، وقد صرح بهذا بعض المتأخرين، ففي العقائد النسفية : «العلم

---

[1]- ابن القيم الجوزية، الصواعق المرسلة على الجهمية والمعطلة، ط1، 1408، 542/2.

[2]- احمد ابن تيمية ، مرجع سابق،293/20.

[3]- احمد ابن تيمية ، مرجع سابق، 240/20.

[4]- ابن القيم الجوزية،مرجع سابق،556/2.

[5]- ابن القيم الجوزية،مرجع سابق،559/2.

المتعلق بالأحكام الفرعية يسمى علم الشرائع والأحكام، وبالأحكام الأصلية يسمى علم التوحيد والصفات»، إلا أن الاصطلاح القرابي للشريعة لم يهجر، ولم يترك، فأكثر العلماء يطلقون الشريعة، ويريدون منها الاصطلاح القرآني العام، وهذا أفضل وأولى وأطيب.

المطلب الثاني: اقسام الاحكام الشرعية .

جاء القرآن الكريم بأنواعٍ من الأحكام، والتي تتمثل في الاحكام الشرعية بمعناها العام و بمعناها الخاص وهذا ما سنوضحه في الفروع التالية :

الفرع الاول: الاحكام الشرعية بمعناها العام.

انقسمت الاحكام الشرعية بمعناها العام في القرآن الكريم بعدة احكام متنوعة وفيما يأتي بيانها:

1–الأحكام الاعتقادية:وهي الأحكام المتعلقة بما يجب على المكلّف أن يعتقده حول الله تعالى، وملائكته، وكتبه، ورسله، ويوم البعث.

2–الأحكام الخُلقية: وهي الأحكام المتعلقة بما يجب على المكلّف أن يتحلّى به من مكارم الأخلاق والفضائل، وما يجب أن يتجنبه من الرذائل ونحوها .

3–الأحكام العملية: وهي الأحكام المتعلقة بكل ما يصدر عن المكلف من أقوالٍ؛ أو أفعالٍ، أو عقودٍ، أو تصرفات، وهذا النوع هو غاية علم أصول الفقه.

والأحكام العملية في القرآن تنتظم نوعين:

– أحكام العبادات من صلاة وصوم وزكاة وحج ونذر ويمين ونحوها من العبادات التي يقصد بها تنظيم علاقة الإنسان بربه، وأحكام المعاملات من عقود وتصرفات وعقوبات وجنايات وغيرها مما عدا العبادات، وما يقصد بها تنظيم علاقة المكلفين بعضهم ببعض، وسواء أكانوا أفراداً أم أُمما أم جماعات.

– وأحكام ما عدا العبادات تسمي في الاصطلاح الشرعي أحكام المعاملات.

وأما في اصطلاح العصر الحديث، فقد تنوعت أحكام المعاملات بحسب ما تتعلق به وما يقصد بها إلي الأنواع الآتية:

1- أحكام الأحوال الشخصية: وهي التي تتعلق بالأسرة من بدء تكونها، ويقصد بها تنظيم علاقة الزوجين والأقارب بعضهم ببعض، وآياتها في القرآن نحو 70.

2- والأحكام المدنية: وهي التي تتعلق بمعاملات الأفراد ومبادلاتهم من بيع وإجارة ورهن وكفالة وشركة مداينة ووفاء بالالتزام، و يقصد بها تنظيم علاقات الأفراد المالية وحفظ حق كل ذي حق، وآياتها في القرآن نحو70.

3- والأحكام الجنائية: وهي التي تتعلق بما يصدر عن المكلف من جرائم وما يستحقه عليها من عقوبة، ويقصد بها حفظ حياة الناس وأموالهم وأعراضهم وحقوقهم وتحديد علاقة المجني عليه بالجاني وبالأُمّة، وآياتها في القرآن نحو 30.

4- وأحكام المرافعات: وهي التي تتعلق بالقضاء والشهادة واليمين، ويقصد بها تنظيم الإجراءات لتحقيق العدل بين الناس ، وآياتها في القرآن نحو 13.

5- والأحكام الدستورية: وهي التي تتعلق بنظام الحكم وأصوله، ويقصد بها تحديد علاقة الحاكم بالمحكوم، وتقرير ما للأفراد والجماعات من حقوق وآياتها نحو 10.

6- والأحكام الدولية: وهي التي تتعلق بمعاملة الدولة الإسلامية لغيرها من الدول، وبمعاملة غير المسلمين في الدول الإسلامية، ويقصد بها تحديد علاقة الدول الإسلامية بغيرها من الدول في السلم وفي الحرب، وتحديد علاقة المسلمين بغيرهم في بلاد الدول الإسلامية، وآياتها نحو 25.

7- والأحكام الاقتصادية والمالية: وهي التي تتعلق بحق السائل والمحروم في مال الغني، وتنظيم الموارد والمصارف، ويقصد بها تنظيم العلاقات المالية بين الأغنياء والفقراء وبين الدول والأفراد، وآياتها نحو .10

ومن استقرأ آيات الأحكام في القرآن يتبين أن أحكامه تفصيلية في العبادات وما يلحق بها من الأحوال الشخصية والمواريث لان أكثر أحكام هذا النوع تعبدي ولا مجال للعقل فيه ولا يتطور بتطور البيئات، وأما فيما عدا العبادات والأحوال الشخصية من الأحكام المدنية والجنائية والدستورية والدولية والاقتصادية، فأحكامه فيها قواعد عامة ومبادئ أساسية، ولم يتعرض فيها لتفصيلات جزئية إلا في النادر، لأن هذه

الأحكام تتطور بتطور البيئات والمصالح، فاقتصر القرآن فيها علي القواعد العامة والمبادئ الأساسية ليكون ولاة الأمر في كل عصر في سعة من أن يفصلوا قوانينهم فيها حسب مصالحهم في حدود أسس القرآن من غير اصطدام بحكم جزئي فيه.

الفرع الثاني: الاحكام الشرعية بمعناها الخاص .

الأحكام الشرعية بمعناها الخاص هي الأحكام العملية التي تتعلق بكيفية أعمال العباد من حيث الحل والحرمة، والوجوب والسنية، والاستحباب والكراهة والإباحة، وهي مبثوثة في القرآن الكريم، والسنة النبوية، وهي التي تسمى بآيات الأحكام وأحاديث الأحكام .

وإذا نظرنا في نصوص هذه الآيات والأحاديث وجدناها تناولت كل الأبواب الفقهية التي سيأتي ذكرها، كباب العبادات من الطهارة والصلاة والزكاة والصوم، وباب المعاملات في البيوع والإجارة والوديعة وغيرها، كما تتناول الأحكام الشرعية التي تشكل باب المناكحات من الزواج والطلاق والحضانة وغيرها .

وتتناول أيضا باب العقوبات في الحدود والقصاص والتعزيرات ونحوها .

الفرع الثالث:حاجة الامة الاسلامية الى الشريعة الاسلامية والفقه القائم عليها.

تعتبر الشريعة الإسلامية جامعة ورابطة للأمة الإسلامية، وتبقى الأمة الإسلامية ما بقيت شريعتها موجهة ومسيرة لحياتها ومهيمنة على مجتمعها، فإذا زالت الشريعة الإسلامية من حياة الأمة فإن ذلك مؤذن بالدمار والزوال، وقد قام الفقه الإسلامي على أساس من الشريعة الإسلامية المباركة، وقد سادت الأمة وعزت بالتزامها بهذه الشريعة ، وقد جعل المسلمون شريعتهم المقياس التي تقاس به الأعمال، وتوزن به الأقوال، وبذلك تبين لهم الصالح والطالح من الأقوال والأفعال، والصحيح والفاسد.

وقد أدرك المسلمون أهمية علم الفقه، فعدوا الاشتغال به أفضل من الاشتغال بتوافل العبادات، لأن توافل العبادات نفعها مقصور على صاحبها، وعلم الفقه نفعه يعم صاحبه والمسلمين، والعباد تبع للعلماء، فهم ورثة الأنبياء، ثم إن العلم يبقى أثره بعد وفاة صاحبه، كما ثبت في الحديث، والعبادة تنقطع بموت صاحبها.

وقد عد العلماء الفقه الإسلامي في المرتبة التالية لعلم التوحيد، يقول الكاساني: "لا علم بعد العلم بالله وصفاته أشرف من علم الفقه، وهو المسمى بعلم الحلال والحرام، وعلم الشرائع أو الأحكام، له بعث الله الرسل، وأنزل الكتب، إذ لا سبيل إلى معرفته بالعقل المحض دون السمع"[1]

المبحث الثاني: علم الفقه الاسلامي .

علم الفقه –كما يقول الإمام ابن نُجيم – مِن أشرف العلوم قَدرًا، وأعظمها أجرًا، وأتمّها عائدةً، وأعمّها فائدة، وأعلاها مرتبةً، وأسناها منقّبة، يملأ العيون نورًا، والقلوب سرورًا، والصدور انشراحًا، ويُفيد الأمور اتساعًا وانفتاحًا؛ هذا لأن ما بالخاص والعام من الاستقرار على سنن النظام والاستمرار على وتيرة الاجتماع والالتئام إنما هو بمعرفة الحلال مِن الحرام، والتمييز بين الجائز والفاسد في وجوه الأحكام، بحورُه زاخرة، ورياضُه ناضِرة، ونجومه زاهرة، وأصوله ثابتة، وفروعه ثابتة، لا يَفنى بكثرة الإنفاق كَنزُه، ولا يَبلى على طول الزمان عِزُّه، أهله قوام الدِّين وقُوَّامه، وبهم ائتلافه وانتظامه، وإليهم المفزَع في الدنيا وأمور الآخِرة، والمرجع في التدريس والفتوى، وهذا الفنُّ لا يُدرَك بالتمني، ولا يُنال بسوف ولعلَّ ولو أنِّي، لا يناله إلا مَن كشف عن ساعد الجدِّ وشمَّر، وخاض البحار وخالط العجاج؛ يدأب في التكرار والمطالعة بُكرةً وأَصيلاً، يَنصب نفسه للتأليف والتحرير بياتًا ومقيلاً، ليس له همَّة إلا مُعضِلة يحلها، أو مُستصعبة عزت على القاصرين إلا ويَرتقي إليها ويحلها، على أن ذلك ليس مَن كسب العبد، وإنما هو فضل الله يؤتيه مَن يشاء."

المطلب الاول: تعريف الفقه في اللغه والاصطلاح.

يتناول علم الفقه أفعال المكلّفين جميعها، سواء أفعاله التي تُنظّم علاقته بربّه ثمَّ بنفسه، أو بأفعاله التي تُنظِّم علاقته مع الآخرين، أو العلاقات التي تُنظِّم المجتمعات فيما بينها، وبالتّالي فإنَّ علم الفقه صدر الاسلام.

الفرع الاول: الفقه الاسلامي لغة.

تعريف الفقه لغة: وردت كلمة الفقه في اللغة بمعان كثيره أهمها معنيان .

المعنى الأول: مطلق الفهم[2] : ومنه قوله تعالى: ((واحلل عقدة من لساني * يفقهوا قولي)).[3]

---

[1]- ابو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار الكتب العلمية ،2/1.

[2]- احمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، المصباح المنيرفي غريب الشرح الكبير، القاهرة، ط2، دار المعارف، ص479.

[3]- سورة طه، الاية 27-28.

المعنى الثاني: الفهم الدقيق العميق[1]: ومنه قول الله تعالى: ((فلو لا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون)).[2]

ومنه قول الله تعالى: ((وإن من شيء إلا يسبح بحمده ولكن لا تفقهون تسبيحهم)) [3]

الفقه لغة: في اللغة العربية الفصيحة هو العلم بالشيء وفهمه ومعرفته معرفة جيدة. وقد ارتبط هذا المصطلح بعلم الدين الإسلامي لشرفها وأهمية فهمه .

فالفقه بمعناه الخاص هو: الإدراك والفهم الدقيق الذي يتطلب بذلاً لقدر من الجهد العقلي.

وسياق الكلام هو الذي يرجح المعنى المراد من كلمة الفقه.

وهذا المعنى للفقه بمعنى الإدراك والفهم الدقيق هو المراد والمقصود من حديث النبي (ص): { من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين }.

الفرع الثاني: الفقه الاسلامي اصطلاحا.

الفقه اصطلاحاً: هو مصطلح يطلق على العلم الذي يُعنى بفهم أحكام الشريعة الإسلامية واستنباطها من أدلتها التفصيليّة في القرآن الكريم والسنة النبوية في كل مناحي حياة المسلم بما عليه من أفعال وعبادات مكلّف بها، وهو العلم الذي يقرّر حكم الشيء بحلاله وحرامه ووجوبه وندبه وكراهيته.

لقد تطور معنى الفقه الاصطلاحي عبر ثلاث مراحل زمنية.

المرحلة الأولى: معناه في صدر الإسلام: كان مدلول كلمة الفقه في صدر الإسلام يطابق معنى الشرع والدين، فكان يطلق ويراد به فهم الأحكام التي جاءت في القرآن والسنة، سواء ما يتعلق منها بالاعتقاد أم بالعبادة أم بالأخلاق أم المعاملات.

فلم يكن ثمة فرق بين مفهوم كلمة الفقه والشرع والدين، واستمر هذا المعنى لكلمة الفقه فترة طويلة حتى منتصف القرن الثاني الهجري بدليل أن أبا حنيفة قد عرف الفقه بأنه ((معرفة النفس مالها وما عليها)) وهذا شامل لأحكام الدين عامة .

---

[1]- ابو البقاء الحنفي، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، بيروت، مؤسسة الرسالة، ص690.

[2]- سورة التوبة، الاية 122.

[3]- سورة الاسراء ، الاية 44.

وهذا المعنى العام للفقه هو المقصود من قول النبي (ص) { من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين }[1]

المرحلة الثانية: قصر معناه على ما عدا الأحكام الاعتقادية .

لقد أصبح مدلول كلمة الفقه منذ بداية منتصف القرن الثاني الهجري مقصوراً على كافة الأحكام الشرعية العملية ما عدا المتعلقة بالعقائد.

المرحلة الثالثة: ثم أصبح مدلول كلمة الفقه مقتصرا على أحكام العبادات والمعاملات دون غيره من الأحكام. وذلك منذ صدر الدولة العباسية الذي يسمى بعصر النهضة، حيث أصبح الفقه مصطلحاً مخصوصاً بأحكام العبادات والمعاملات فقط دون غيرها .

ففي هذا العصر تحددت المصطلحات العلمية، وتمايزت العلوم الإسلامية واستقرت تبعاً لاختلاف موضوعاتها، فخص الفقه بهذا المعنى ليدل على العلم بأحكام العبادات اختلاف موضوعاتها، فخص الفقه بهذا المعنى ليدل على العلم بأحكام العبادات والمعاملات. في حين أطلق على أحكام العقائد علم الكلام أو التوحيد، وعلى أحكام الأخلاق علم التصوف .

وبهذا المعنى الاصطلاحي عرف علماء الأصول الفقه بأنه ((العلم بالأحكام الشرعية العلمية المكتسبة من أدلتها التفصيلية))

ففي أيام الرسول صلى الله عليه وسلم كان يرجع المسلمون أمر الشيء الذي لا يعرفون حكمه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان يفتيهم فيه، ثم جاء عصر الصحابة وهم مجتهدون من أخطأ منهم فله أجر ومن أصاب فله أجران .ثم بعدها بدأ ظهور علم الفقه فكان أول من أنشئ مذهب فقهي هو الإمام أبو حنيفة النعمان، فكان يأخذ أحكام مذهبه من القران الكريم ثم السنة النبوية .ثم صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن لم يجد اجتهد بنفسه في الأحكام، وجاء من بعده الإمام مالك إمام المدينة ثم الإمام الشافعي ثم الإمام أحمد بن حنبل إمام بغداد.

فالفقيه مهمته استخراج الأحكام الشرعية العملية من أدلة الشريعة (القرآن والسنة)، أو المصادر التي شهدت لها الشريعة بالصحة والاعتبار (كالإجماع والقياس الصحيح).

فإن الفقه الإسلامي مستمد من الوحي الذي أنزله الله جل وعلا .

---

[1]- اخرجه الشيخان (ابو حنيفة – ابو يوسف)

الفرع الثالث: اقسام الفقه الاسلامي .

ينقسم علم الفقه الاسلامي الى عدة اقسام والتي منها قسم العبادات، وقسم المعاملات واللذان يعتبران فرع من فروع الفقه وسنوضحه باتفصيل في الفروع الموالية.

اولا: مباحث قسم العبادات.

وفي هذا القسم يختص بتعليم الافراد العبادات واحكام العبادات، وكيف يؤدي الانسان المسلم عباداته، واحكام هذه العبادات، ومن هذه العبادات الزّكاة والصيام والحج وغيرها من العبادات.

تفرّع من فقه العبادات المباحث الفقهيّة التّالية:

-فقه المعاملات :العقود / البيع / السَّلَم / الربا / القرض / الرهن / الضمان / الكفالة / الوكالة / الإجارة / الجعالة / الوديعة / العارية / الشّركة / الشّفعة / المساقاة والمزارعة / اللقطة / الحجر / القسمة / الهبة / الوصيّة / الوقف.

-فقه العقوبات: التّعزير، القصاص، الحرابة، السرقة، القذف، شرب الخمر، الزنا...

-فقه الأحوال الشّخصية، ويسمّى فقه الأسرة: الخطبة، الزواج، النفقة، الميراث، الطّلاق...

-فقه الأحكام السّلطانية، ويسمّى أيضا السّياسة الشّرعيّة: يتعلّق بعلاقة الحاكم بالمحكوم، والقواعد المنظّمة للسّلط...

-فقه السّير: يتعلّق بعلاقة الدّولة الاسلاميّة بغيرها من الدّول...

- فقه الآداب والأخلاق: يتعلّق بالقيم الأخلاقية...

ثانيا :مباحث قسم المعاملات.

وهذا الفرع من فروع الفقه هو الفرع الخاص بمعاملات الافراد مع بعضهم البعض خلال الحياة اليومية، مثل البيع والشراء وغيرها من المعاملات، والتعرف على حكم هذه المعاملات.

ويمكننا ضمّ فقه المعاملات إلى فقه العبادات بمفهومه العام، انضباطا بتعريفنا السّابق للعبادة بمفهومها الواسع، والذي يشمل علاقة الإنسان بنفسه وبغيره وبالكون...

لقد فصَل الفقهاء ـ منهجيّا ـ بين العبادات والمعاملات في كتبهم، رغم أنّهم يعُون جيدّا أن هذا الفصل اعتباري، وليس حقيقيّا، لأنّ المعاملات هي السّاحة الواسعة التي تتجسّد فيها معاني الرّبوبيّة والألوهيّة في أنضج صورها، وتكتمل فيها معاني الاستقامة على نهج الله.

لا يعنينا إن كان فصلهم بريئا أم مُضمرا، المهمّ أنّه مثّل خطوة مبكّرة جدّا لـ"علمنة"، جعلت الحديث عن الله في خانة، والحديث عن الحياة الخاصّة والعامّة في خانة مستقلّة عنها، ثمّ طالعتنا بعد ذلك كتابات عديدة تحدّثنا عن أنّ الإسلام "دين ودولة"، والإسلام "شريعة وحياة"، وعناوين من هذا القبيل تروم سدّ الفجوة التي حدثت بأول نصّ فقهيّ أفْرَد العبادة بمُصنَّف والمعاملات بآخر.

المطلب الثاني:المرجعية الفقهية للقضاء قبل صدور قانون الاسرة.

المرجعية الفقهية مفردتان ركبتا تركيبا وصفيا، وصارتا بمنزلة اسم واحد هو لقب يدل على معنى معين، وتحديد هذا المعني يقتضي فك الكلمتين، وإبراز معنى كل منهما .

المقصود بالمرجعية الفقهية هو الاختيار المذهبي الذي تمارس في إطاره المحكمة العليا وظيفتها الاجتهادية، أو إن شئنا: الإطار الذي يتم فيه تنظيم الممارسة الفقهية حينما تستمد المحكمة العليا حكم المسألة المنظورة أمامها من الاجتهادات الفقهية المذهبية.

الأدلة على توظيف المحكمة العليا المذهب المالكي في اجتهاداتها: تلمس مظاهر وأدلة توظيف المحكمة العليا المذهب المالكي في اجتهاداتها والتزامها بأحكامه، يكون من خلال تحليل مسائل أخذت فيها المحكمة العليا بالمذهب المالكي تصريحا (أولا)، ومسائل أخر وافقته فيها (ثانيا)، وما أنشأته من اجتهادات وفق قواعده (ثالثا) وهي مسائل لا يجمعها نسق، سوى أن أحكام أغلبها تقع ضمن كتاب الزواج وانحلاله من قانون الأسرة، باعتبار تطبيقاته الكثيرة والمتنوعة ، وفق المحددين التاليين :

-تحرير المسألة المرسلة في قانون الأسرة (أي التي لم ينص عيها) وتصويرها بدقة وإيجاز.

- بيان وتحليل موقف الاجتهاد القضائي منها .

الفرع الاول : مسائل أخذت فيها المحكمة العليا بالمذهب المالكي تصريحا.

والنماذج الدالة على ذلك كثيرة منها:

المسألة: بيان الشروط الواجب توافرها في شهود عقد الزواج :

نصت المادة 9 مكرر من ق.أ ((يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية :أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، ....)) فباستثناء شرط التعدد المستفاد من لفظ "شاهدان" الوارد في نص المادة لم يتعرض

المشرع الجزائري لباقي الشروط المستوجبة في شهود عقد الزواج؛ ما يتحتم معه الرجوع إلى مدونات الفقه الإسلامي، عملا بنص الإحالة الوارد في المادة 222 من ق.أ. ج.

ولاستكمال القصور والنقص الوارد في هذا النص القانوني، قررت المحكمة العليا أن الشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة رجلين عدلين، وصرحت بذلك في العديد من قراراتها؛ التي من بينها القرار الذي جاء فيه: ((متى كان من المقرر شرعا أن الزواج الصحيح لا يقوم إلا على أركان مبنية بوضوح، ويقول ابن أبي زيد القيرواني في رسالته لا نكاح إلا بولي وصداق وشاهدي عدل..)).[1]

الفرع الثاني : مسائل وافقت فيها المحكمة العليا المذهب المالكي

المسألة: الاختلاف بين الزوجين في عيوب الفرج:

إذا اختلف الزوجان في عيب من عيوب الفرج؛ فادعاه الزوج على زوجته وأنكرته، فهل يستجاب له في طلب الكشف عليها (الخبرة الطبية)؟ وكذلك في وجود البكارة المشروطة قبل العقد؛ تدعيها الزوجة وينكرها الزوج؟

وقد تصدت المحكمة العليا لهذه المسألة فحكمت بأنه: ((من المقرر شرعا أنه لا يجوز كشف فرج المرأة لأي رجل ولو كان طبيبا ولا يجوز حتى للنساء إلا في حالة الضرورة القصوى وبموافقة المرأة المراد الكشف عنها باعتبارها مؤتمنة على فرجها، ومن المقرر أيضا أن المرأة الحرة لا تكشف وكل ما تقوله عن فرجها مصدقة فيه شرعا ...ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذين المبدأين يعد يعد مخالفة للشريعة الإسلامية)).[2]

وتوجه المحكمة العليا هذا موافق لقول المتأخرين من المالكية. قال خليل: "وصدق في الاعتراض: كالمرأة في دائها أو وجوده حال العقد، أو بكارتها وحلفت هي، أو أبوها إن كانت سفيهة، ولا ينظرها النساء[3]"

---

[1]- القرار الصادر من المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، بتاريخ 1984/09/24، ملف رقم 34438، المجلة القضائية، 1990، ع1، ص64.

[2]- القرار الصادر عن المجلس الاعلى (المحكمة العليا)، غرفة الاحوال الشخصية، بتاريخ 1989/10/02، ملف رقم 55116، المجلة القضائية، 1991، ع1، ص33.

[3]- خليل بن اسحاق المالكي، مختر العلامة خليل، القاهرة، دار الحديث، 2005، ص110.

الفرع الثالث: مسائل استنبطت المحكمة العليا حكمها وفق قواعد المذهب المالكي.

من المعلوم أن فقهاء المالكية وغيرهم من فقهاء المذاهب الأخرى قعدوا قواعد تُعنى بنظم الأحكام الفقهية الجزئية المتعلقة بالفروع في الأبواب المختلفة، يمكن الاستناد إليها في توليد المزيد من الأحكام في النوازل والمستجدات. لذلك وجدنا المحكمة العليا تعول على هذ القواعد لاستنباط الحكم واجب التطبيق في النزاع المرفوع إليها في العديد من المناسبات منها:

المسألة: ميراث المطلقة طلاقا بائنا في مرض الموت:

أغفل المشرع الجزائري النص في قانون الأسرة على حكم طلاق المريض مرض الموت ومن في حكمه – كالمحكوم عليه بالإعدام مثلا ، وعلى إرث طليقته؛ هل تستحق الإرث أم لا ترث؟ ما يجعل المسألة مندرجة في دائرة المسائل المرسلة، يتعين استمداد حكمها من أحكام الشريعة الإسلامية عملا بنص الإحالة (م/222 ق.أ).

ويتبين بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي، أن المحكمة العليا قضت بوقوع الطلاق في مرض الموت، واستحقاق المطلقة الإرث ولو وقعت الوفاة بعد مدة طويلة من انقضاء عدتها لأنه لا يوجد أي تلازم بين العدة والحق في الميراث، عملا بقاعدة المعاملة بنقيض المقصود". [1]

ترى بأن المحكمة العليا أسست حكمها على قاعدة: "المعاملة بنقيض المقصود الفاسد" التي أوردها المقري في قواعده، وعبر عنها في مناسبة أخرى بقوله من الأصول: المعاملة بنقيض المقصود الفاسد"، ووردت عند ابن القيم بلفظ: "المعاقبة بنقيض القصد ثابتة شرعاً وقدراً"[2]

[1]- المقري محمد ابو عبد الله، القواعد، ط1، مكة المكرمة، معهد البحوث العلمية واحياء التراث الاسلامي، 1404، 212/1.

[2]- شمس الدين محمد بن ابي بكر ايوب الزرعي ابو عبد الله، اعلام الموقعين عن رب العالمين، بيروت، دار الجيل، 1973، 180/2

خلاصه الفصل :

تطلق الشريعة بشكل عام على كل ما شرعه الله سبحانه وتعالى من العقائد والأخلاق والأعمال، وبصفة خاصة على كل من شرعه الله من الأحكام العملية دون الأخلاقية والاعتقادية منها والواردة في الكتاب والسنة.

أما الفقه فهو العلم بالأحكام العملية الشرعية المستنبطة من الأدلة التفصيلية. فالفقه في الاسلام محصور بالأحكام العملية فقط الصادرة من العبد غاية التقرب من ربه والتي تصدر أحكامها استنباطًا من أدلة الكتاب والسنة، كما هو مستمد من الوحي الذي أنزله الله جل وعلا ، بينما القوانين الوضعية مستمدة من عقول البشر، والفرق بين الوحي وبين آراء البشر ، كالفرق بين الخالق والمخلوق، كما جاء في الآثار: فضل كلام الله على سائر الكلام، كفضل الله على خلقه.

تختلف الشريعة الإسلامية عن القوانين الوضعية اختلافاً أساسياً من وجوه:

فالقانون ناقص دائماً ولا يمكن أن يبلغ حد الكمال ما دام صانعه لا يمكن أن يوصف بالكمال، ولا يستطيع أن يحيط بما سيكون وإن استطاع الإلمام بما كان. أما الشريعة فصانعها هو الله، وتتمثل فيها قدرة الخالق وكماله، وعظمته، وإحاطته بما كان وما هو كائن؛ ومن ثمَّ صاغها العليم الخبير بحيث تحيط بكل شيء في الحال والاستقبال، حيث أحاط علمه بكل شيء، وأمر جل شأنه أن لا تغير ولا تبدل حيث قال: {لاَ تَبْدِيلَ لِكَلِمَاتِ اللهِ} [يونس: 64] ؛ لأنها ليست في حاجة للتغيير والتبديل مهما تغيرت الأوطان، والأزمان، وتطور الإنسان.

أن القانون عبارة عن قواعد مؤقتة تضعها الجماعة لتنظيم شؤونها، وسد حاجاتها. أما الشريعة فقواعد وضعها الله تعالى على سبيل الدوام لتنظيم شؤون الجماعة، فالشريعة تتفق مع القانون في أن كليهما وضع لتنظيم الجماعة. ولكن الشريعة تختلف عن القانون في أن قواعدها دائمة ولا تقبل التغيير والتبديل. وهذه الميزة التي تتميز بها الشريعة تقتضي من الوجهة المنطقية.

الفصـــــل الثـــــاني:

مجالات تطبيق المادة 222 من

قانون الاسرة.

الفصل الثاني: مجالات تطبيق المادة 222 من قانون الاسرة.

ارتبطت أهمية قانون الأسرة بأهمية الأسرة التي ينظم الأحكام المتعلقة بها، إذ تشكل أساس بناء المجتمع، فيقوى ويتماسك بقوتها وتماسكها، ويضعف وينهار بضعفها وانهيارها، وشهد منذ صدوره اختلافا في الرؤى: فهناك من يرى ضرورة الإبقاء عليه كما هو باعتباره مكسبا من المكاسب التي تدعم المنظومة القانونية الجزائرية، وكونه مستمدا من الشريعة الإسلامية، وهناك من يرى ضرورة الإسراع بإلغائه باعتباره قانونا تجاوزه الزمن، وهناك من يرى ضرورة إثرائه وتعديل بعض مواده.

المبحث الاول: شروط تطبيق المادة 222 من قانون الاسرة.

سنبين في هذا المطلب شروط الشهود في الفقه الإسلامي وموقف قانون الأسرة الجزائري منها، وجهود الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في استكمال ما غفل عنه قانون الأسرة .

المطلب الأول: شروط الشهود في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

يرى جمهور الفقهاء (الكاساني، 1986؛ النووي، 1991؛ المقدسي، 1968)، أن الشهادة في عقد الزواج شرط صحة ويجب أن يتوفر خلال مجلس العقد، ودليلهم في ذلك ما رواه ابن حبان (1988)، في كتاب النكاح، باب الولي، حديث رقم 4075 عن عائشة رضي عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل..." ، وخالفهم في ذلك المالكية (المالكي، المقدسي، 1968)، واعتبروه شرط تمام وذلك باستحباب الشهادة عند العقد ووجوبها عند الدخول، فإذا تم عقد الزواج بدون شهود وجب الإشهاد عليه قبل البناء، وحصول الإعلان بالوليمة وضرب الدف، ودليلهم في ذلك ما رواه أحمد (2001)، في مسند المدنيين، حديث عبد الله بن الزبير بن العوام، حديث رقم 16130: "عن عامر بن عبد الله بن الزبير، عن أبيه رضي الله عنهم، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " أعلنوا النكاح"

ويقول الدسوقي المالكي (د.ت.) في هذا المقام: "حاصله أن الإشهاد على النكاح واجب وكونه عند عقد مندوبا زائد على الواجب، فإن حصل الإشهاد عند العقد فقد حصل الواجب والمندوب، وإن لم يحصل عند العقد كان واجبا عند البناء". [1]

[1]- الدسوقي ابن عرفة، حاشية الدسوقي غلى الشرح الكبير، ج2، بيروت، دار الفكر، ص216.

فإن دخل من غير إشهاد، يفسخ العقد بطلقة بائنة وفي حال اقرارهما بالوطء دون إشهاد أقيم عليهما الحد، وإن ثبت إعلان الزواج بوليمة وضرب للدفوف، سقط عنهما الحد، وكذلك لو حصل الإشهاد بشاهد واحد، لأن الحدود تدرأ بالشبهات، والإعلان بشاهد واحد يسقط الحد لكنه لا يسقط التفريق فيفرق بينهما في الحال (الغرباني،2011).

وسبب الاختلاف بين الفقهاء في كتمان عقد الزواج بتواطئ مع الشهود؛ هل يعتبر زواج سر؟ فالحنفية لا يعتبرونه نكاح سر حتى ولو اتفقوا على كتمانه لأن حضور الشهود كاف لتمام الشرط، أم عند المالكية فكتمانه بتوصية الشهود يعتبر نكاح سر عندهم ويفسخ لأن العلنية شرط تمام.

وللشهادة أهمية في حفظ حقوق الزوجة والولد، حتى لا ينفيه الوالد ولا يجحده، ومن جهة أخرى بيان وإعلان للزواج لدرء الشبهات ابتعادا عن زواج السر وبيان لخطورة الزواج.

اما قانون الاسرة الجزائري (2005) فقد سار على نهج جمهور الفقهاء معتبرا الاشهاد في عقد الزواج شرط صحة من خلال اعتبار حضور الشاهدين خلال تبادل الإيجاب والقبول، حيث نص في المادة 09 مكرر والمستحدثة في تعديل 2005 على: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:.... شاهدان...". وإذا ما اختل شرط الإشهاد فإن عقد الزواج يكون فاسدا وذلك ما نصت عليه المادة 33 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري المعدل، وقبل التعديل كان الإشهاد في قانون 84/11 ركن من أركان عقد الزواج وكان غياب الاشهاد يرتب البطلان المطلق، وبعد التعديل أصبح شرط صحة وغيابه يرتب الفساد، يفسخ قبل الدخول، ويثبت بعد الدخول بمهر المثل.

الفرع الاول: شروط الإشهاد في الفقه.

وتنقسم شروط الإشهاد في الفقه الإسلامي إلى شروط متفق عليها وشروط مختلف فيها (الزحيلي، 1985):

أ/ شروط متفق عليها (شروط التكليف).

1-العقل: فلا تصح شهادة المجنون على عقد الزواج، فالإعلان لا يتحقق وهو الغاية من الشهادة، وصيانة له من النكران والجحود.

2 –**البلوغ**: وهو محل اتفاق بين الفقهاء، فلا يصح الإشهاد بمن إرادتهم ناقصة، لكون الزواج من باب الولاية، ولا ولاية لهؤلاء على أنفسهم، فعدم ثبوت الأخيرة على أنفسهم تحرمهم من الولاية على الغير. ولأن حضور شهود مكلفين في العقد تبيان لخطورته، وبحضور غير المكلفين يعد استهانة به، وعلي هذا لا يصح العقد بحضور الصغار ولو كانوا بلغوا سن التمييز وكذا المجانين.

ب/شروط مختلف فيها بين الفقهاء: اختلف الفقهاء في شروط أخرى وهي :

1–الإسلام: اتفق الفقهاء على كون الشاهدين في شهادتهما على زواج المسلم من المسلمة أن يكونا مسلمين، واختلفوا في إسلام الشاهدين في حال زواج المسلم من غير المسلمة (الكتابية)، فذهب الحنابلة والشافعية، ومن الحنفية محما وزفر إلى اشتراط إسلام الشاهدين هذا العقد، أما أبو حنيفة ، وأبو محمد فأجازوا شهادة الذميين في زواج المسلم من كتابية (الكاساني، 1986؛ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، 1427)

2–الذكورة: واتفق الفقهاء على أن هناك مسائل دقيقة تحتاج إلى شهادة النساء دون الرجال كالولادة، كما اتفقوا على مسائل يكون الرجال حصرا شاهدين عليها من دون النساء، واختلفوا في جنس الشاهدين كالتالي:

القول الأول: وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء المالكية والحنابلة والشافعية (الصاوي، 1952؛ المقدسي، 1968؛ الشربيني، 1994)، إلى عدم صحة شهادة النساء، ولا ينعقد إلا برجلين، ودليلهم في ذلك ما رواه ابن حبان (1988) قوله صلى الله عليه وسلم "...وشاهدي عدل..." ، لخطورة الزواج وأهميته، بخلاف الشهادة في الأموال والمعاملات المالية، يقول الإمام الزهري: "مضت السنة ألا تجوز شهادة النساء في الحدود، ولا في النكاح، ولا في الطلاق" [1]

القول الثاني: وهو ما ذهب إليه الحنفية من أن عقد الزواج ينعقد بحضور رجلين أو رجل وامرأتين لحصول الشهادة. ولا تقبل شهادة النساء منفردات في عقد الزواج كونهن يغلب عليهن الحياء وعدم حضور مجالس الرجال، فإذا حضر معهن رجل تحقق الإعلان .

القول الثالث: وهو ما ذهب إليه الظاهرية من أن عقد الزواج، يصح بشهادة أربع نساء (ابن حزم، د.ت.)، ودليلهم في ذلك ما رواه البخاري (1422)، في كتاب الحيض، باب ترك الحائض الصوم،

[1]- ابن حبا محمد، الاحسان في تقريب صحيح ابن حبان، ط1، ج9، بيروت، مؤسسة رسالة، ص236.

حديث رقم 304: "عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال"(...) أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل(...)"[1]

3-العدد: اشترط الفقهاء العدد في شهادة عقد الزواج، فلا تقبل شهادة الواحد، واختلفوا كما أسلفنا سابقا في كون الشهود رجلين عند الجمهور، أو رجل وامرأتان عند الحنفية، وقد تثار مسألة أن توكل المرأة رجلًا ليزوجها بحضورها وحضور شاهد واحد، فالعقد في هذه الحالة صحيح، على اعتبار أن المرأة حاضرة، فالوكيل هنا سفير ومعبر عن إرادتها، وبالتالي يعتبر شاهدا مع الشاهد الآخر .

4-**العدالة**: والشاهد العدل هو الذي يجتنب الكبائر ويتقي الصغائر، ولا يفعل ما يخل بالمروءة .اختلف الفقهاء في اشتراط العدالة في الشهود الى قولين (الغرياني، 2011):

القول الأول: وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة (الجد، 1908 ،الشربيني، 1994؛ المقدسي، 1968)، الذين اشترطوا العدالة في الشاهدين، فلا ينعقد بفاسقين، واحتجوا بما رواه ابن حبان (1988): "عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل..." ، وذهب الشافعية إلى أنه يكفي فيهما العدالة الظاهرة، دون النظر إلى العدالة الباطنة (مستوري العدالة).

وذهب المالكية إلى استكثار الشهود عند انتفاء العدالة فيقول الرعيني (1992) صاحب المواهب:"وشاهدين وشرطهما أن يكونا عدلين فإن لم يجدوا العدول وإلا استكثروا الشهود مثل الثلاثين والأربعين" [2]

القول الثاني: وهو ما قال به أبو حنيفة إلى أن عدالة الشاهد ليست بشرط لانعقاد النكاح، فينعقد بحضور الفاسقين (الكاساني، 1986)، ودليلهم هو قاعدة عندهم تقول كل من صلح لإنشاء عقد بنفسه ينعقد الزواج بشهادته، والفاسق يصلح أن يكون زوجا أو وليا في عقد الزواج، فمن باب أولى أن يصلح شاهدا فيه، وهذا الرأي لا يستقيم؛ لأن هناك فرقا بين الشهادة والزواج، فالأخير حق لكل شخص، أما الشهادة فهي رتبة لا يصل إليها إلا من كان أهلا لها .

[1]- ابن حزم، ابو محمد علي، المحلي بالاثار، ج9، بيروت ، دار الفكر، ص68.

[2]- الرعيني الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط3، ج6، دار الفكر، 1992، ص409.

5-سماع الشهود كلام العاقدين وفهم المقصود من كلامهم: اختلف الفقهاء في حكم سماع كلام المتعاقدين إلى قولين:

-القول الأول: وهم جمهور الفقهاء إذ أوجبوا سماع كلام المتعاقدين، وذهبوا إلى أنه لابد من سماع الشهود في مجلس العقد كلام الزوجين أو من يقوم مقامهما، ويجب أن يفهم الشهود لغة التعاقد والمغزى منها، ولا تقبل شهادة الأصم والنائم، لأن حضور الشهود من استكمال الركن وهو سماع صيغة التعاقد، يقول الكاساني (1986) صاحب البدائع: "سماع الشاهدين كلام المتعاقدين جميعا حتى لو سمعا كلام أحدهما دون الآخر، أو سمع أحدهما كلام أحدهما والآخر كلام الآخر لا يجوز النكاح؛ لأن الشهادة أعني حضور الشهود شرط ركن العقد، وركن العقد هو الإيجاب والقبول فيما لم يسمعا كلامهما لا تتحقق الشهادة عن الركن فلا يوجد شرط الركن" .

القول الثاني: وهو قول عند المالكية (الرعيني، 1992)، بجواز السماع المتفرق للشهود، فلو سمعا كلامهما متفرقين جاز، فشهادة أحد الشاهدين، بعد أن يشهد الآخر لا يجعل ذلك الزواج فاسدا، فالمالكية يأخذون بشهادة الأبداد ومعنى شهادة الأبداد هي أن الزوجين إذا لم يشهدا عند العقد، ثم يشهد كل من الزوج والزوجة والولي شاهدين عدول، وكان الشاهدين الذين أشهدهما الزوج غير الشهود الذين اشهدتهم الزوجة، فالزواج صحيح بهذه الصورة عند المالكية.

الفرع الثاني :موقف قانون الأسرة الجزائري من شروط الإشهاد .

سكت المشرع الجزائري عن الشروط التي تتوفر في الشهود، برغم تنظيمه لمسائل أخرى مثل المهر، كما لم يبين الأشخاص المحرومين من الشهادة (ممارسة الحقوق المدنية)[1] (محروق، 2019)، ورغم أن المادة 33 من قانون الحالة المدنية المعدل (2014)، والتي تنص على: "يجب على الشهود المذكورين شهادات الحالة المدنية، أن يكونوا بالغي سن 19 سنة على الأقل، سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم، دون تمييز فيما يخص الجنس ويتم اختيارهم من قبل الأشخاص المعنيين"، حددت من الشهود بـ 19سنة، ولم تفرق بين جنس الشهود سواء كانوا ذكورا أو إناثا، وسمحت بإحضار شهود من الأصول والفروع، إلا أنه يبقى غير كاف لمسألة شروط الشهود، ووجب على المشرع إضافة شروط أخرى بالإضافة إلى الشروط السابقة الذكر ضمن قواعد قانون الأسرة، وعليه أن يتدارك ذلك في التعديلات القادمة لقانون الأسرة.

[1]- محروق كريمة(2019) عقود الزواج بين المستجدات الفقهية ونصوص القانون، ط1، دار هومة، الجزائر.

الأمر الذي يحتم على القاضي عند طرح مسألة في الشهود وشروطهم في عقد الزواج، الرجوع إلى المادة 222 لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، وهو توجه غير سليم كون شروط الشهود ضرورية، قد تتسبب على إثرها عديد الإشكالات العملية في إثبات عقود الزواج العرفية، وهو ما سارت عليه كثير من قوانين الأحوال الشخصية العربية، وخير مثال على ذلك قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953 الذي ذكر فيه شروط الشهود بنصه في المادة 12: "يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين مسلمين عاقلين بالغين سامعين الإيجاب والقبول فاهمين المقصود بهما"، وبعد التعديل الذي تم بالقانون 04/2019 ترك الفقرة الأولى على حالها وأضاف لها فقرات وهي عبارة عن شروط جديدة تتماشى وما قرره المذهب الحنفي وهي كالتالي:

– إذا زوج الأم ابنته البالغة العاقلة بأمرها ورضاها وكانت حاضرة بنفسها في مجلس العقد صح الزواج بحضور شاهد واحد أو امرأتين إضافة للأب.

– يجوز أن يكون أحد الشهود من دين الزوجة،

–تجوز شهادة أصول أو فروع الزوجين"

المطلب الثاني: موقف القضاء من شروط الإشهاد في عقد الزواج .

كان ولا يزال الاجتهاد القضائي مكملا لقواعد قانون الأسرة في كثير من المسائل التي غفل المشرع الجزائري عنها، وترك المجال فيها مفتوحا للاجتهاد رغم ضرورة وجودها ضمن القواعد القانونية، والتي من بينها مسألة الشروط التي وجب توفرها في الشهود، وباستقراء عديد القرارات القضائية للمحكمة العليا نجدها تتطرق لمسألة شروط الشهود والتي أغفلها قانون الأسرة والتي من بينها:

الفرع الاول: مسائل شروط الاشهاد اغفلها قانون الاسرة.

1–جاء في القرار رقم 48184 المؤرخ 29/02/1988: الأب لا يعمل بقوله فيما ينفع ابنه، والأم لا تقبل شهادتها في النكاح لأن المرأة لا تكون شاهدة في الزواج (...)، وإذا كان الزواج يقوم إثباته على شهادة شاهدين رجلين ليس من بينهم والد الزوج الذي لا تقبل شهادته لابنه (...)، وعليه فإن الزواج يثبت حقا بالشهود الذين حضروا العقد أو على الأقل الفاتحة إذا كانت مشتملة على أركانه، أو بشهادة

سماع الطاعنة لم تقدم أي شيء من هذا القبيل، والمجلس إذا وافق على الحكم الذي رفض دعواها كان على صواب ولم يكن في قراره ما يخالف الشريعة أو أنه انتهك المادتين المحتج بهما لذا يرفض الطعن. [1]

يلاحظ من خلال هذا القرار تكريس الاجتهاد القضائي لشرط الذكورة، بقوله رجلين ذكرين، وكذا عدم قبول شهادة المرأة، عكس ما نصت عليه المادة 33 من قانون الحالة المدنية المعدل المذكورة سابقا والتي تنص على قبول شهادة الشهود مهما كان جنسهم.

وفي قرارات حديثة كرست المحكمة العليا شهادة رجل وامرأتين كتوجه جديد.[2]

2-القرار رقم 55706 المؤرخ 1989/12/11، والذي جاء فيه: "...حيث أن الزواج لا بشهادة شاهدين عدلين، أن كل امرأة تدعي أن فلان تزوج بها، فلابد أن تثبت ذلك بشهادة الشهود" بالإضافة إلى قرار آخر يذكر عدالة الشهود (المحكمة العليا، 1990؛ سايس، 2013) ونقضت المحكمة العليا هذا القرار لانعدام الشهود، واشترطت العدالة في الشهود وفق ما قرره الفقه الإسلامي.[3]

الفرع الاول: مسائل في شروط الشهود في عقد الزواج.

3-وجاء في القرار رقم 58788 المؤرخ في 19/03/1990 :ومن المقرر شرعا أن التناقض في الشهادة يزيل أثرها ويمنع بناء الحكم عليها، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية. ولما كان من الثابت في قضية الحال- أن أقوال الشاهدين متناقضة، ومن ثم فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف، والقضاء بصحة الزواج، يكونون قد خالفوا الشريعة الإسلامية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه . [4]

من القرار السابق أن المحكمة العليا حققت شرطا من شروط الشهادة وهو سماع الشهود لكلام المتعاقدين وفهمه، وما تناقض الشهود إلا دليل على عدم فهم ما يدور في مجلس العقد.

4-جاء في القرار رقم 0851807 المؤرخ في 12/02/2015 :إذ كان على قضاة المجلس التأكد من الشاهدين فيما إذا حضرا مجلس العقد وما سمعاه وعايناه من تبادل الرضا وحضور الولي وتحديد

---

[1]- المحكمة العليا(1991)غرفة الاحوال الشخصية، المؤرخ 29/02/1988، القرار رقم 48184 ، مجلة قضائية.

[2]- بلحاج العربي، قانون الاسرة وفقا لاحدث التعديلات ومعلق عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال اربع واربعين،ط4، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 2010.

[3]- المحكمة العليا(1992)، غرفة الاحوال الشخصية، المؤرخ في 1989/12/11، القرار رقم 55706 (المجلة القضائية).

[4]- المحكمة العليا(1991)، غرفة الاحوال الشخصية، المؤرخ في 19/03/1990، القرار رقم 58788 (المجلة القضائية).

للصداق، وأن الاعتماد على شهادة التسامع لا يكون إلا إذا كان ما يشهد به الشاهد تسامعا، أمرا متواترا، سمعه عن جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب؛ لأن الأصل في الشهادة الإحاطة والتيقن مما يجعل القرار مشوبا بقصور التسبيب مستوجب النقض. (المحكمة العليا، 2015، ص235)[1]

ويظهر من خلال هذا القرار أن قضاة المحكمة العليا استندوا على شهادة التسامع، وشهادة التسامع هي السماع من العدول وغيرهم، ومدلولها أن يقول الشهود سمعنا سماعا فاشيا من أهل الصلاح والعدل وغيرهم أن فلان تزوج فلانة بنت فلان، وهي شهادة مقررة في الفقه الإسلامي بعد تحقق شروطها ، ويقول ميارة (د.ت.) صاحب الاتقان: "وتفسير شهادة السماع أن يشهد شاهدان، أو أربعة على الاختلاف في ذلك أنهم لم يزالوا يسمعون أن هذه الدار صدقة على بني فلان" ، ويقول ابن رشد الجد (1988): "لأن النكاح مما تصح فيه الشهادة على السماع إذا طال الأمر ومضى من الزمان ما يبيد فيه الشهود على اختلاف بينهم في حد ذلك" .

وبناء على ما تقدم ومن خلال التمحيص في القرارات السابقة الذكر؛ استنتجنا أن اجتهادات المحكمة العليا اتجهت نحو تطبيق ما هو مقرر في الفقه الإسلامي، في شروط الشهود في عقد الزواج، واستكمال ما غفل عنه قانون الأسرة

المبحث الثاني: اشكالات قانونية في تطبيق المادة 222 من قانون الاسرة .

الزواج من أجل السكينة والاستقرار الروحي والألفة والذرية الصالحة، مصداقا لقوله تعالى: ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون)[2].

وقد تعتري الحياة الزوجية مشاكل كثيرة منها ما تكون بسيطة عرضية لا تذكر، وأخرى قد تكون متجددة متسببة فيما يسمى بالشقاق، وبهذا الأخير تصير الحياة الزوجية جحيما لا يطاق، قد يمتد لفلذات الأكباد ويصبح ضرره عليهم كبيرا، مما يؤدي إلى اهتزاز الأسرة وعدم استقرارها، ويزيد من توسع الهوة بين الزوجين فتضحى الحياة الزوجية نقمة وشقاء، بدل السعادة والهناء، ويصبح الطلاق هو العلاج النهائي لإنهاء الشقاق والخلاف بين الزوجين، مما قد يؤدي لعواقب وخيمة تنفيها الفطرة السليمة، ليواصلا بعده حياتهما منفردين أو مرتبطين بروابط زوجية أخرى.

---

[1]- المحكمة العليا(2016)، غرفة الاحوال الشخصية، المؤرخ في12/02/2015 ،القرار رقم 0851807 (المجلة القضائية).

[2]- سورة الروم: الآية 21.

وكما شرع الطلاق بالإرادة المنفردة حقا للزوج، جعلت كذلك الشريعة من التطليق "التفريق القضائي" حقا للمرأة متى وقع عليها الضرر، وهو ما نصت عليه المادة 53 من قانون الأسرة التي حوت ضمن طياتها أسباب التطليق على سبيل الحصر، متى تحقق الضرر كان للزوجة طلب التطليق دون إذن الزوج بواسطة القاضي، و قبل تعديل قانون الأسرة كانت المادة السابقة الذكر تضم سبعة أسباب، وبعد التعديل أضيف لها ثلاث أسباب جديدة، من بينها التطليق للشقاق المستمر، والذي جاء استجابة لمطالب كثير من الجمعيات النسائية المنادية بإعطاء أكثر حقوق للمرأة، وفي هذا المجال ترى منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة: "بأن طلب التطليق للشقاق يظهر في بعض الأحيان طلبا مزاجيا وغير مبرر، وبأنه لا يستعمل بطريقة حكيمة، فإنه في كثير من الأحيان يكون لأسباب حميمية لا تجرؤ النساء على الكشف عنها" ، وهي مبادئ جاءت لتكريس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في مقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، وهو ما أكدت عليه الاتفاقيات الدولية المدافعة عن حقوق المرأة، وأبرزها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة"CEDAW" ، ويمكن القول أن ما استقر عليه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا كان له دور كبير كذلك في ظهور هذا السبب، والمشرع الجزائري ورغم ذكره الشقاق المستمر كسبب من أسباب التطليق لكن لم يحدد مظاهره، ولم يبين الضوابط التي تحكمه، واستمراريته، ولم يضع معيارا للسلوك الذي يعتبر ضارا أو غير ضار.[1]

المطلب الأول: مسالة الشقاق في الفقه الإسلامي وتطبيق المادة 222 من قانون الاسرة .

لم يعرف الفقهاء القدامى الشقاق ، أما من المعاصرين فقد عرفه الأستاذ وهبة الزحيلي (1985) بأنه: "النزاع الشديد بسبب الطعن في الكرامة"[2].

عرفه الأستاذ وهبة الزحيلي (1985) بأنه: "النزاع الشديد بسبب الطعن في الكرامة) "

الأمر الذي يجعل الحياة الزوجية بينهما منشقة، فاقدة على إثره مظاهر الود والرحمة والطمأنينة، مما يحول دون وعليه يمكن تعريف الشقاق أنه كل نزاع يفضي إلى الخلاف الشديد بين الزوجين – تحقيق أهداف الزواج واستمراريته.

[1]-شكشوك مفيدة(2018)السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرةفي حالة التطليق، مجلة محامي.

[2]- الزحيلي وهبة(1985) الفقه الاسلامي وادلته، ط2، ج7، سورية، دار الفكر، ص527.

الفرع الاول: اشكالات التفريق للشقاق في الفقه الاسلامي.

والمذهب المالكي هو من انفرد بإعطاء أحكام للتفريق بسبب الشقاق بتفصيلات وشروح تعطي الحق لأحد الزوجين أن يرفع أمره للقاضي إثر كل نزاع بينه وبين الطرف الآخر عجز عن إصلاحه بنفسه أو أنتج ضررا أصابه من شريكه، مما يجعل الحياة الزوجية في جو من الاستقرار والتكافؤ حتى لا يطغي طرف على آخر.

والشارع أعطى حلولا في حال اشتداد الخلاف وبروز مظاهر الشقاق، في قوله تعالى : (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيراً)[1] والفقهاء ساروا على ما أقرته الشريعة من إرسال حكمين لإنهاء الخلاف، لكنهم اختلفوا في مدى صلاحيات الحكمين هل تتوقف عند الإصلاح أو تتعدى إلى التفريق، فالحنفية والشافعية والحنابلة في رواية (السرخسي، 1993؛ الرملي، 1984؛ المرداوي، د.ت.).[2]

يرون أن الحكمين مهمتهما تنتهي عند الإصلاح والتوفيق، أما المالكية والحنابلة في رواية (عليش، 1989؛ ابن قدامة، 1968)، فيرون أن مهمة الحكمين تتمثل في الصلح لرأب الشقاق والتوفيق بينهما، وإن استعصى الأمر فرق بين الزوجين، فليس من العدل ترك زوجين نشب الشقاق بينهما بلا حل، والحل في هذه الحالة التفريق، ومناط هذا الخلاف كون الفريق الأول من الفقهاء يرى أن الحكمين مجرد وكيلين وليس من صلاحيتهما التفريق، أما الفريق الثاني من الفقهاء فيرون أن القاضي أرسل الحكمين كحاكمين يحكمان بما يريانه مناسبا لمصلحة الزوجين إما الصلح أو الفرقة(الصابوني، 1968)، والراجح أن للحكمين مهمتا الجمع والتفريق، وبذلك سميا "حكمين"، ومهمتهما بذل جهدهما لإصلاح الذات بين الزوجين، وإن تعذر ذلك حكما بالفرقة بين الزوجين (المصري، 2010).

والتفريق عند المالكية بسبب الشقاق والضرر، هو في حال شكوى أحد الزوجين سوء معاشرة صاحبه وأثبت الضرر من المشكو منه مع طلب البقاء، زجر القاضي الزوج الآخر حتى يستقيم حاله مع زوجه وإن طلب التفريق يفرق، وإن لم يثبت الضرر وأصر المدعي على شكواه بعث القاضي الحكمين للإصلاح وإلا فرق بينهما، يقول ابن جزي (د.ت.) صاحب القوانين الفقهية: "أن يشكل الأمر وقد ساء ما بينهما وتكررت شكواهما ولا بينة مع واحد منهما ولم يقدر على الإصلاح بينهما، فيبعث حكمان من جهة الحاكم أو من جهة الزوجين أو من يلي عليهما، لينظرا في أمرهما وينفذ تصرفهما في أمرهما بما رأياه من

[1]- سورة النساء: الآية 35.

[2]- السرخسي ابو بكر (1993) المبسوط، ج21، بيروت، دار المعرفة، ص142.

تطليق أو خلع من غير إذن الزوج ولا موافقة الحاكم، وذلك بعد أن يعجزا عن الإصلاح بينهما، وإذا حكما بالفراق فهي طلقة بائنة" .

ومن ناحية الكشف عن الضرر وثبوته، فإنه قد يثبت الضرر للقاضي، لكن الحكمين وبحكم مهمتهما الدقيقة يستطيعان معرفة ما لا يستطيع القاضي الاطلاع عليه وإصلاحه، وبالتالي فانتداب القاضي للحكمين يكون بثبوت الضرر من عدمه، عكس ما ذهب إليه قانون الأسرة إلى انتداب الحكمين عند عدم ثبوت الضرر فقط .

ومظاهر الضرر قد تكون من الزوجين معا أو من أحدهما؛ فمن الزوج مثلا أن يقاطع زوجته بهجرانها وقطع الكلام معها أو يدير وجهه عنها، أو شتمها وإهانتها وإهانة أهلها، وصدور منه ما لا يليق بكرامة الإنسان، أو بأفعال نهت عنها الشريعة كوطنها في الموضع المحرم، وضربها ضربا مبرحا. أما من الزوجة مثلا، إعراضها عنه وسوء معاملته وخروجها دون إذنه .

الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من اشكالات التطليق للشقاق المستمر .

نصت المادة 53 فقرة 8 من قانون الأسرة الجزائري(2005) على أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: (...) 8-الشقاق المستمر بين الزوجين..." ونصت المادة 56 منه على أنه: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج، وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين"، يستشف من خلال المادتين أن المشرع الجزائري سكت ولم يعرف الشقاق المستمر ولم يبين ضوابطه وأسبابه، والغريب أن المادة 53 ذكرت الشقاق، ثم جاءت بعدها المادة 56 وعرفت الشقاق بطريقة غير مباشرة الأمر الذي يلتبس فيه التعريف بين المادتين، خاصة أن نص المادة 53 ف8 جاء بعد تعديل قانون الأسرة، مما يجعل الغموض يعتري مفهوم الشقاق؛ أهو الذي تضمنته المادة 53 أم المادة 56؟ (عبدو، 2011)، وماذا قصد المشرع بالشقاق المستمر وهل من الممكن إثبات وجوده؟ لأنه من المعلوم أن الاستمرارية لا يمكن الكشف عنها إلا بعد ثبوت وجود الشقاق بين الزوجين مع العجز عن إصلاحه بوقائع وقرائن معينة تطرح أمام القضاء [1].

[1]- الخمليشي احمد(2015) من مدونة الاحوال الشخصية الى مدونة احوال الاسرة، ط1، دار الكلمة للنشر والتوزيع، مصر ، ص 236.

ومثال يطرحه الواقع من مظاهر استمرار الشقاق والتي لم يذكرها المشرع، هو تكرار الدعوى، الذي له شروط من بينها أنه لا يعتد به حال ثبوت الضرر الفاحش (فالقاضي يحكم بالتطليق مباشرة)، لكن عند وجود الضرر اليسير والمعتاد بين الأزواج يجوز تكرار الدعوى .

والمشرع وبالرغم من تعديل نصوص قانون الأسرة، إلا أنه لم يضع معايير يمكن من خلالها التمييز بين السلوك الضار والسلوك غير المسبب للضرر، خاصة ادعاء الزوجة إضرار الزوج بها، فالقاضي إذن في هذا المقام عليه أن يعمل بسلطته التقديرية وذلك باعتماد المعيار الشخصي، من خلال الظروف الاجتماعية والثقافية الخاصة بكل زوجة، فما يعتبر ضارا لزوجة قد لا يكون ضارا لأخرى، ويرى الأستاذ العربي بلحاج (2007) أن المشرع حسن فعل عندما لم يحدد الضرر ولم يحدد أسباب الشقاق على سبيل الحصر، بحيث يكون الضرر المعتبر هو الذي أفضى إلى النزاع والشقاق المستمر بين الزوجين ويكون موجب التطليق .

كذلك جعل المشرع الجزائري حسب المادة 53 المعدلة التطليق بسبب الشقاق حقا خالصا للزوجة في مقابل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، رغم أن الفقهاء جعلوه حفا للزوجين حال استفحال الشقاق وعدم ثبوت الضرر ببعث الحكمين، وهو ما سار عليه المشرع المغربي في المادة 94 من مدونة الأسرة (2004).

وفي هذا إعطاء الحرية للمرأة في حال تضررها من الشقاق الذي انتاب حياتها مع زوجها إلا إذا كانت هناك أسباب معقولة (الصابوني، 1968). وباستقراء عميق لقواعد النص القانوني للتطليق بسبب الشقاق يلاحظ أن المشرع سهل من فرص إيقاعه دون قيود ولا ضوابط في الإجراءات ودون أسباب حقيقية، مما جعله مطية لكل زوجة لم تجد السبب المناسب لتطليق الرجل، وهو ما نلمسه كذلك في الفقرة العاشرة من المادة 53 المذكورة سابقا التي نصت على التطليق لكل ضرر معتبر شرعا .

ولم ينص قانون الأسرة على صلاحية الحكمين في التفريق، وعليه نطبق المادة 222 من قانون الأسرة، لكن بتطبيقها هل نتبع قول جمهور الفقهاء، أو ما قال به المذهب المالكي من كون الحكمين يفرقان إذا تعذر الإصلاح؟

أو أننا نرجع للمادة 49 من قانون الأسرة التي تنص على أن لا طلاق إلا بحكم القاضي بعد محاولات الصلح، وليس للحكمين سوى التوفيق ومحاولة الإصلاح فقط على أن يذكر نجاحهما أو فشلهما في التقرير؟ باحتمال الاتجاهين يمكن القول أن القانون جانب الصواب، فقد تتضارب الأحكام القضائية بين المحاكم بتطبيق المادة 222 من قانون الأسرة، وبالاتجاه الثاني بماذا نسمي الحكمين إذا لم يكونا وكيلين، هل

يمكن أن نسميهما موفقين بناء على النص القانوني الذي أوجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، وبناء على هذا فالمشرع الجزائري عليه أن يتبع المذهب المالكي الذي أقر بمهمة الحكمين المتمثلة في الإصلاح، وإذا تعذر عليهما فرقا، وذكرا ذلك في التقرير، وعلى القاضي تنفيذ ما توصل له الحكمان، فإن اختلفا حكم القاضي بما يراه مناسبا (المصري، 2010)

ويمكن استخلاص بعض مظاهر وأسباب الشقاق المستمر بين الزوجين، من مخالفة ما قررته المادة 36 من قانون الأسرة التي تحدد الحقوق والواجبات المشتركة ما بين الزوجين وتحض على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة، والمعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة، والتعاون بين الزوجين على مصلحة الأسرة وحسن تربية الأولاد، والتشاور في كل ما يهم الأسرة ومستقبلها.

المطلب الثاني: موقف القضاء من التطليق للشقاق المستمر في تطبيق المادة 222 من ق.ا.

باستقراء قرارات المحكمة العليا فقد جاءت الأحكام مختلفة قبل التعديل وبعده، وذلك لاستقرار الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا على مبادئ مختلفة.

الفرع الاول: قبل تعديل قانون الأسرة

الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا قبل التعديل استقر على تبيان الشقاق المستمر وهو ما سنستعرضه كالتالي:

1-القرار رقم 36414 المؤرخ في 20/05/1985 وهو يعتبر تقريبا من القرارات الأولى -حسب علمي التي جرى فيها التطليق لطول أمد الخلاف والنزاع بين الزوجين واعتبره شقاقا ولم يسمه شقاقا في هذا القرار، والذي جاء فيه[1] :

-من المقرر شرعا أنه إذا طال أمد النزاع بين الزوجين ولحق الزوجة من ذلك ضرر بين واقتنع القضاة بضرورة التفريق بينهما، فإنه لا سبيل من حال إلا بفك الرابطة الزوجية، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور أو التناقض في الأسباب ومخالفة أحكام الشريعة الإسلامية في غير محله يستوجب رفضه.

2 – القرار رقم 139353 المؤرخ في 24/09/1996 وهو اجتهاد قضائي مشهور (عبدو،2011)، والذي أسس فيه قضاة المحكمة العليا للشقاق وذكره القرار صراحة، ووضحه من خلال

[1]- المحكمة العليا(1986) ، غرفة الاحوال الشخصية، المؤرخ في 20/05/1985، قرار رقم 36414(المجلة القضائية).

كونه استفحال الخصام بين الزوجين لمدة طويلة، وعلى إثر هذا القرار وما جاء بعده تم إضافة الشقاق المستمر كسبب للتطليق في التعديل الذي مس المادة 53 من قانون الأسرة سنة 2005، وما جاء في نص القرار: [1]

من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا، ولما كان – في قضية الحال– أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما. فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب الكافي للتفريق القضائي، طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض .

وحسب ما جاء في هذا القرار فالشقاق كسبب للتطليق يجب أن يكون مستفحلا ومستمرا، وأن يصيب الزوجة من الزوج ضرر نتيجة هذا الشقاق.

الفرع الثاني: بعد تعديل قانون الأسرة.

استقر الاجتهاد القضائي بعد تعديل قانون الأسرة 84/11 بالأمر 05/02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، على إثبات الشقاق وعلاماته، وعلي حجية قرائن الإثبات، وأن الضرر المنبثق عن الشقاق ليس شرطا أن يكون مثبتا بقرائن، حيث أنه يكفي اعتراف الطرف المتسبب بإيقاع الضرر من كلا الطرفين سواء كان ماديا أو معنويا. وهو ما حوته أكثر قرارات التطليق للشقاق بين طياتها، وهذه بعض النماذج للقرارات الصادرة عن المحكمة العليا فيما يخص التطليق للشقاق المستمر بعد تعديل قانون الأسرة:

–قرار رقم 624622 المؤرخ 14/07/2011 والذي جاء فيه: "يثبت الشقاق المستمر، من خلال ما يظهر من الحياة الزوجية والخصومات القضائية بين الطرفين، لا يكفي الخلاف الظاهر في جلسة الصلح، لثبوت الشقاق المستمر والاعتماد عليه في التطليق" .

يستنتج من خلال هذا القرار أن الاجتهاد القضائي أقر وأعطي بعض مظاهر الشقاق المتمثلة في المشاكل اليومية بين الزوجين، أو تكرر التجاء الزوجة للقضاء أكثر من مرة، ولا يثبت بالخلاف والمعاداة التي تظهر من خلال المناقشات التي تدور خلال جلسات الصلح، وحسب رأيي فإن هذا القرار جانب الصواب؛ لأنه قد تظهر علامات من خلال جلسات الصلح أو التحكيم تدل على الشقاق البين، مثل تشبث الزوجة بطلب التطليق للشقاق دون أدلة إثبات، مع سكوت الزوج حال مجابهته بأفعاله المشينة، وعدم إبداء أي

[1]- المحكمة العليا(1986) ، غرفة الاحوال الشخصية، المؤرخ في24/09/1996 ، قرار رقم 11997 (المجلة القضائية).

ردة فعل أو مناقشة قد توحي ببراءته من ادعاءاتها، كل ذلك مظاهر تبدي ولو جانبا يسيرا الشقاق المستمر بين الزوجين خلال حياتهما، وبالتالي هي مسوغات تجعل القاضي يحكم بالتطليق للشقاق، ويشترط في هذا المقام حضور الزوج في جلسات الصلح، لأن المحكمة العليا (2011)، نقضت حكما حكم بتطليق الزوجة بمجرد غياب الزوج عن جلسات الصلح لتفنيد مزاعمها وتأكيد دفوعه

-**قرار رقم 620084 المؤرخ في 14/04/2011** والذي جاء فيه: "القاضي غير ملزم بتعيين الحكمين، في حالة اشتداد الخصام بين الزوجين، وثبوت الضرر".

الملاحظ من خلال المبدأ أن الاجتهاد القضائي سار على نهج قانون الأسرة من خلال المادة 56 باعتبارند ندب الحكمين في حال اشتداد الخصام وعدم ثبوت الضرر، وباعتبار الضرر ثابتا في القضية فلا اعتبار للتحكيم، ولكن بالنظر في حيثيات القرار نجد أن قاضي الدرجة الأولى حكم بثبوت الضرر واستبعد انتداب الحكمين دون أسباب واضحة، مستعملا سلطته التقديرية، وكان عليه انتداب حكمين لأن الضرر لم يثبت بأدلة واضحة، وحيث جاء فيه: "حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه بالنقض يتبين أن قاضي الموضوع قضى بالتطليق اعتمادا على الشقاق المستمر وطول أمد النزاع واستحكام الخلاف تأسيسا على المادة 53/08 من قانون الأسرة الجزائري مستعملا في ذلك سلطته التقديرية المخولة له قانونا بما له من ولاية في فحص النزاع وتقدير الضرر الذي يلتقي معه تحقق الحكمة والغرض من استمرار العلاقة الزوجية في ظل دوام الألفة والمحبة والإخلاص بين الزوجين مما لا يستطاع معه العشرة مستدلا على ذلك بأسباب كافية وواضحة مما يجعل الوجه غير سديد ويتعين رفضه..." ومن هذا القرار واضح ما استقر عليه الاجتهاد القضائي من أن إثبات الضرر الموجب للتطليق بسبب الشقاق المستمر، يخضع للسلطة التقديرية ولو كان يسيرا، وفي هذا السياق –وفي قرار غير منشور– نقضت المحكمة العليا قرارا لم يبين فيه القاضي نوع الضرر اللاحق بالزوجة ووسائل إثباته ، والملاحظ من خلال القرار كذلك هو إقرار مفهوم دقيق للشقاق المستمر الموجب للتطليق، والذي ينتفي معه تحقق الحكمة والغرض من استمرار العلاقة الزوجية.[1]

3– قرار رقم 572240 المؤرخ في 15/07/2010 :

لا يتم في التطليق للضرر المعتبر، إثبات الضرب والجرح، بحكم جزائي فقط (...)، وجاء في حيثيات هذا القرار (...)حيث أنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المحكمة أسست حكمها على الشهادتين الطبيتين المذكورتين في الحكم فضلًا على أن الطاعن لم ينف واقعة الضرب والجرح التي ادعتها المحكمة

[1]- بلحاج احمد، مرجع سابق، ص236.

المطعون ضدها كما يظهر من الحكم المطعون فيه، وبالتالي فإن المحكمة لم تكن ملزمة بإثبات الضرب والجرح بحكم جزائي ونهائي يدين الطاعن(...).

من هذا القرار يتبين أن المحكمة العليا لا تعتد بالأحكام الجنائية فقط كحجة إثبات، بل تتعداه إلى اعتراف الزوج وعدم نفيه لما أحدثه من ضرر للزوجة، وعليه يتضح من خلال هذا القرار أن إثبات الضرر يكون بكل وسائل الإثبات والتي منها الإقرار حتى ولو كان الحكم الجزائي نهائيا، وهو ما يبين أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي ولا يخضع لرقابة المحكمة العليا، وهو ما استقر عليه الاجتهاد القضائي..

يستشف من قرارات المحكمة العليا في مسائل الشقاق أنها قبل تعديل قانون الأسرة أسست لما يسمى بالتطليق للشقاق الذي كان محل تعديل وإضافة من خلال الفقرة الثامنة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، أما بعد التعديل أكد على أن مظاهر الشقاق تتمثل في تراكم المشاكل اليومية الحقيقية بين الزوجين، أو تكرار رفع الدعوى أمام الجهات القضائية المختصة، ولا يثبت بالنزاع الحاصل خلال جلسات الصلح، وأن إثبات الضرر يكون بكل وسائل الإثبات والتي منها إقرار الزوج ولو كان لدى الزوجة حكم جزائي نهائي يثبت تضررها من الزوج.

خلاصة الفصل

ارتبطت أهمية قانون الأسرة بأهمية الأسرة التي ينظم الأحكام المتعلقة بها، إذ تشكل أساس بناء المجتمع، فيقوى ويتماسك بقوتها وتماسكها، ويضعف وينهار بضعفها وانهيارها. وقد شهد منذ صدوره اختلافا في الرؤى: فهناك من يرى ضرورة الإبقاء عليه كما هو باعتباره مكسبا من المكاسب التي تدعم المنظومة القانونية الجزائرية، وكونه مستمدا من الشريعة الإسلامية، وهناك من يرى ضرورة الإسراع بإلغائه باعتباره قانونا تجاوزه الزمن، وهناك من يرى ضرورة إثرائه وتعديل بعض مواده.

أن المشرع الجزائري اعتمد أساسا عند تقنينه على الشرعية الإسلامية، وقد ورد في ديباجة المشروع التمهيدي ما يلي: " " اعتمدت اللجنة في وضع هذه النصوص على المصادر الأساسية التالي:

القرآن الكريم. النبوية الثابتة ثبوتا مقبولا عند علماء الحديث. السنة الإجماع. القياس.الاجتهاد. الفقه على المذاهب الأربعة وعلى غيرها في بعض المسائل"...

إن قانون الأسرة الجزائري باين سائر القوانين العربية في أمرين:

-منهج الصياغة القانونية في عرض القواعد، هذا المنهج يتسم بالإجمال والإبهام، زيادة على إغفال كثير من المسائل المهمة، إحالة القاضي عند انتفاء النص التشريعي إلى أحكام الشريعة الإسلامية دونما تحديد مذهب فقهي معين (م222) كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية) ، خلافا لأغلب القوانين العربية التي قيدت القاضي بالمذهب الفقهي السائد في البلد.

تطبيق هذا النص التشريعي -في ظل جملة من الاعتبارات- تعتريه بعض الإشكالات تتعلق بأوان رجوع القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية (متى يقرر الفراغ التشريعي)، وبكيفية الرجوع؛ مجتهدا، أم متخيرا، أم مقيدا.. .

خـــــــــاتـــــمة

خاتمة:

تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر المادي الذي استمد منه قانون الأسرة الجزائري وفي سبيل تأكيد هذه المصدرية أحالت المادة 222 من هذا القانون على أحكام الشريعة الإسلامية بشأن ما لم يرد به نص في هذا القانون. وهو الأمر الذي يثير التساؤل عن قدرة قاضي شؤون الأسرة للتصدي لهذه المهمة بالنظر إلى تكوينه في المعارف المتعلقة بعلوم الشريعة الإسلامية التي تتطلب كفاءة خاصة في التعامل مع وفرة مصادرها وتنوعها .

نصوص قانون الأسرة كغيرها من القوانين قد يعتريها القصور والغموض والنقصان، كما قد يعتريها الوضوح والبيان، وذلك راجع لمصدرية قانون الأسرة الشرعي، فينتج عن ذلك نصوص ثابتة منبثقة عن نصوص شرعية قطعية الثبوت والدلالة لا مجال للاجتهاد فيها، وأخرى متغيرة قابلة للاجتهاد، تحوي نصوصا عمومية تحتمل أكثر من تأويل، وأخرى غامضة بسب التعميم وانعدام التفصيل، يستحيل معها التطبيق على مستوى العدالة، وكل هذه الاعتبارات جعلت من المشرع يفكر في حل لاستدراك الفراغ القانوني جاعلًا من المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري جسرا للعبور نحو الحل لكل مسألة لم ترد في التقنين، لكن التطبيق القضائي لهذه الأخيرة قد ينتج عنه أحكام قضائية متباينة نتيجة إطلاق المادة وانفتاحها على كل المذاهب، هذا الواقع يبرز أهمية الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا ويجعل منه أداة لتوحيد الاجتهاد وسد الفراغ القانوني الناشئ عن قواعد قانون الأسرة.

و توصي هذه الدراسة بغية وضع حل حاسم للتطبيق الحسن لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري بضرورة توجيه البحث نحو إقرار نظام قضائي خاص بمسائل الأحوال الشخصية يحاول الأخذ بعين الحسبان خصوص مسائله. ولا مانع في هذا السياق من الاستفادة عند تأطيره القانوني من تجارب الدول التي نتقاسم معها الموروث الحضاري نفسه؛ والتي تأخذ بنظام القضاء الشرعي المتخصص المستقل عن القضاء العادي.

أما تفصيلا فإن هذه الدراسة لخصت جملة من النتائج الجزئية وفقا للتفصيل الآتي:

-المقصود بأحكام الشريعة الإسلامية في نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري هي الأحكام الشرعية الجزئية المستمدة من الفقه الإسلامي. فالإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية يقصد به أحكام الفقه الإسلامي من دون تقييد القاضي مذهب فقهي بعينه تبعا للرأي الغالب لدى شراح قانون الأسرة الجزائري

– مكن التحفظ على ما أجازه البعض وأخذت به التقنينات المعاصرة بما فيها قانون الأسرة الجزائري، وجرى عليه العمل من عمارة للاستعمال المعازي المتعارف عليه لدى المشتغلين بالقانون في القول بالترادف بين الفقه الإسلامي والشريعة الإسلامية

– يبدو أن إرادة المشرع الجزائري من خلال نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري لم نتجه لتنصي الأسرة مجتهدا شرعيا فيما لا نص فيه، وإنما اتجهت إلى تكليفه بالكشف عن ما انتهى إليه الاجتهاد الشرعي في المسألة المعروضة عليه.

– رغم أن الاجتهاد الكاشف يحتاج إلى تكوين رصين ومتخصص في علوم الشريعة الإسلامية فإنه لا يشترط فيه توافر شروط الاجتهاد الشرعي وضوابطه(الاجتهاد الإبداعي) في زمن قد ولى فيه عصر الاجتهاد الفردي وعلماء الموسوعات، وحل محله اجتهاد المؤسسات والمجامع الفقهية.

قـــائمة المـراجع

قائمة المصادر والمراجع:

اولا: المصادر.

1- القران الكريم:

1-سورة النساء: الآية 35.

2- سورة التوبة، الاية 122.

3- سورة الاسراء ، الاية 44.

4- سورة طه، الاية 27-28.

5- سورة الروم: الآية 21.

6- سورة الأحزاب، اية:33.

7- سورة الجاثية ، آية: 18

2- الوثائق الرسمية والقانونية:

8- القرار الصادر من المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، بتاريخ 1984/09/24، ملف رقم 34438، المجلة القضائية، 1990، ع1، ص64.

9- المحكمة العليا(1986) ، غرفة الاحوال الشخصية، المؤرخ في 20/05/1985، قرار رقم 36414(المجلة القضائية).

10- المحكمة العليا(1986) ، غرفة الاحوال الشخصية، المؤرخ في24/09/1996 ، قرار رقم 11997 (المجلة القضائية).

11- المحكمة العليا(1991)غرفة الاحوال الشخصية، المؤرخ 29/02/1988، القرار رقم 48184 ، مجلة قضائية.

12- القرار الصادر عن المجلس الاعلى (المحكمة العليا)، غرفة الاحوال الشخصية، بتاريخ 1989/10/02، ملف رقم 55116، المجلة القضائية، 1991، ع1، ص33.

13- المحكمة العليا(1991)، غرفة الاحوال الشخصية، المؤرخ في 19/03/1990، القرار رقم 58788 (المجلة القضائية).

14- المحكمة العليا(1992)، غرفة الاحوال الشخصية، المؤرخ في 1989/12/11، القرار رقم 55706 (المجلة القضائية).

15- المحكمة العليا(2016)، غرفة الاحوال الشخصية، المؤرخ في12/02/2015 ،القرار رقم 0851807 (المجلة القضائية).

ثانيا المراجع:

1- الكتب والمؤلفات العامة:

16- ابن الاثير، النهاية في غريب الحديث والاثر، بيروت، المكتبة العلمية، 1979، 360/2.

17-ابن القيم الجوزية، الصواعق المرسلة على الجهمية والمعطلة، ط1، 1408، 542/2.

18- ابن حبا محمد، الاحسان في تقريب صحيح ابن حبان، ط1، ج9، بيروت، مؤسسة رسالة، ص236.

19- ابن حزم، ابو محمد علي، المحلي بالاثار، ج9، بيروت ، دار الفكر، ص68.

20-ابن منظور، معجم لسان العرب ، ايران، ادب حوزة –قم، محرم1405هـ، ص105.

21- ابو البقاء الحنفي، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، بيروت، مؤسسة الرسالة، ص690.

22- ابو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار الكتب العلمية ،2/1.

23- اخرجه الشيخان (ابو حنيفة – ابو يوسف)

24- احمد ابن تيمية ، مجموع الفتاوى، المدينة النبوية، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية ، 1416هـ/1995م ،306/19.

25- احمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، المصباح المنيرفي غريب الشرح الكبير، القاهرة، ط2، دار المعارف، ص479.

26-إسحاق بن عبد الله السعدي ، دراسات في تميز الأمة الإسلامية وموقف المستشرقين منه،ج1، ط1، قطر، وزارة الأوقاف والشؤون ، 2013، ص 304.

27- الخمليشي احمد(2015) من مدونة الاحوال الشخصية الى مدونة احوال الاسرة، ط1، دار الكلمة للنشر والتوزيع، مصر ، ص 236.

28- الدسوقي ابن عرفة، حاشية الدسوقي غلى الشرح الكبير، ج2، بيروت، دار الفكر، ص216.

29- الرعيني الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط3، ج6، دار الفكر، 1992، ص409.

30- الزحيلي وهبة(1985) الفقه الاسلامي وادلته، ط2، ج7، سورية، دار الفكر، ص527.

31- السرخسي ابو بكر (1993) المبسوط، ج21، بيروت، دار المعرفة، ص142.

32- المقري محمد ابو عبد الله، القواعد، ط1، مكة المكرمة، معهد البحوث العلمية واحياء التراث الاسلامي، 1404، 212/1.

33- بلحاج العربي، قانون الاسرة وفقا لاحدث التعديلات ومعلق عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال اربع واربعين،ط4، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 2010.

34- خليل بن اسحاق المالكي، مختر العلامة خليل، القاهرة، دار الحديث، 2005، ص110.

35-شكشوك مفيدة(2018)السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرةفي حالة التطليق، مجلة محامي.

36- شمس الدين محمد بن ابي بكر ايوب الزرعي ابو عبد الله، اعلام الموقعين عن رب العالمين، بيروت، دار الجيل، 1973، 180/2

37- عابد بن محمد السفياني، الثبات والشمول في الشريعة الإسلامية، مكة المكرمة ، مكتبة المنارة، 1988، ص 24-26.

38- عبد الله يحي الكمالي، الشريعة الإسلامية وفقه الموازنات، دار ابن حزم، 2000، ص 30.

39- محروق كريمة(2019) عقود الزواج بين المستجدات الفقهية ونصوص القانون، ط1، دار هومة، الجزائر.

40- محمد بن الحسن البدخشي – عبد الرحيم الأسنوي، شرح البدخشي على انهاج الاصول في علم الاصول 30/1، ومعه شرح الأسنوي 46/1.

41- محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي بدر الدين، البحر المحيط في اصول الفقه، مركز السنة للبحث العلمي، 1992، 120/8.

42- نور قاروت، السنة النبوية ومكانتها ، المدينة المنورة،مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف ، ص 6.

الفهرس الموضوعات :

مقدمه.....1

الفصل الاول: مفهوم الشريعة الاسلامية وعلم الفقه الاسلامي.....4

المبحث الاول : تعريف الشريعة الإسلامية لغة واصطلاحا.....5

المطلب الاول: تعريف الشّريعة الإسلاميّة.....6

الفرع الاول: تعريف الشّريعة الإسلاميّة لغة.....7

الفرع الثاني : تعريف الشّريعة الإسلاميّة اصطلاحًا.....8

الفرع الثالث: اختلاف الشريعة الاسلامية عند بعض المسلمين.....12

المطلب الثاني: اقسام الاحكام الشرعية 14

الفرع الاول: الاحكام الشرعية بمعناها العام.....16

الفرع الثاني: الاحكام الشرعية بمعناها الخاص 18

الفرع الثالث:حاجة الامة الاسلامية الى الشريعة الاسلامية والفقه القائم عليها.....20

المبحث الثاني: علم الفقه الاسلامي 24

المطلب الاول: تعريف الفقه في اللغه والاصطلاح.....24

الفرع الاول: الفقه الاسلامي لغة.....25

الفرع الثاني: الفقه الاسلامي اصطلاحا.....26

الفرع الثالث: اقسام الفقه الاسلامي 28

المطلب الثاني:المرجعية الفقهية الفقهية للقضاء قبل صدور قانون الاسرة.....30

الفرع الاول : مسائل أخذت فيها المحكمة العليا بالمذهب المالكي تصريحا.....31

الفرع الثاني : مسائل وافقت فيها المحكمة العليا المذهب المالكي.....32

الفرع الثالث: مسائل استنبطت المحكمة العليا حكمها وفق قواعد المذهب المالكي.....33

الفصل الثاني: مجالات تطبيق المادة 222 من قانون الاسرة.....33

المبحث الاول: شروط تطبيق المادة 222 من قانون الاسرة.....34

المطلب الأول: شروط الشهود في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري.....34

الفرع الاول: شروط الإشهاد في الفقه.....35

الفرع الثاني :موقف قانون الأسرة الجزائري من شروط الإشهاد 35

المطلب الثاني: موقف القضاء من شروط الإشهاد في عقد الزواج 36

الفرع الاول: مسائل شروط الاشهاد اغفلها قانون الاسرة.....37

الفرع الاول: مسائل في شروط الشهود في عقد الزواج.....38

المبحث الثاني: اشكالات قانونية في تطبيق المادة 222 من قانون الاسرة 39

المطلب الأول: مسالة الشقاق في الفقه الإسلامي وتطبيق المادة 222 من قانون الاسرة 39

الفرع الاول: اشكالات التفريق للشقاق في الفقه الاسلامي.....40

الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من اشكالات التطليق للشقاق المستمر 41

المطلب الثاني: موقف القضاء من التطليق للشقاق المستمر في تطبيق المادة 222 من قانون الاسرة.....43

الفرع الاول: قبل تعديل قانون الأسرة.....45

الفرع الثاني: بعد تعديل قانون الأسرة.....46

خاتمة.....47