



مركز الدراسات الفقهية والقضائية

جامعة الوادي مخبر الدراسات الفقهية والقضائية



جامعة الشطوط منه لظفر - الوادي
University Echahid Kamma Lakhlar - El-Oued

مجلة الدراسات الفقهية والقضائية

نصف سنوية علمية محكمة
يصدرها مخبر الدراسات الفقهية والقضائية - جامعة الوادي - الجزائر

العدد الأول - السنة الأولى : صفر 1437 هـ / ديسمبر 2015 م

ISSN 2477-9806

1

في هذا العدد :

تعلق الحقوق والتواجبات بالذمة، وتجزء الأهلية تكامل أم انفصام؟ بين فقهاء الشريعة وفقهاء القانون
بقلم: أ.د. أبو بكر شهاب

التعريف بالنظريات الفقهية وأهميتها دراستها
بقلم: د. فلي مهن

ما جرى به العمل وبعده المقاصدي في الفقه المالكي
بقلم: د. نبيل موفيق

أثر الفقه المقارن في مؤلفات المالكية
بقلم: أ. فريدة حابيد

ضوابط التمييز بين المخارج المشروعة والحيل الممنوعة
بقلم: د. عبد القادر جعفر

إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه " دراسة مدعمة بالإجتهد القضائي الجزائري "
بقلم: د. عبد الله حاج أحمد

مركز الولي في عقد الزواج فقها وقانونا وقضاء
بقلم: أ. محمد بحاق

الدفع بالنظام العام في تنازعات الميراث والوصية ذات البعد الدولي
بقلم: أ. بدر شوق

منشورات جامعة الوادي
مخبر الدراسات الفقهية والقضائية

مجلة الدراسات الفقهية والقضائية

نصف سنوية علمية محكمة يصدرها مخبر الدراسات الفقهية والقضائية
جامعة الوادي - الجزائر

العدد الأول - السنة الأولى : صفر 1437 هـ / ديسمبر 2015 م

ISSN 2477-9806

الرئيس الشرفي
أ.د عمر فرحاتي

مدير المجلة
أ.د أبو بكر لشهب

رئيس التحرير
د. عبد القادر حوبه

نائب رئيس التحرير
د. حياة عبيد

هيئة التحرير

د. خالد تواتي

د. أمينة سلطاني

أ. محمد بجاج

أ.د إبراهيم رحمني

د. محمد رشيد بوغزالة

د. عبد الكريم بوغزالة

- توجه جميع المراسلات إلى :

رئيس تحرير مجلة الدراسات الفقهية والقضائية - معهد العلوم الإسلامية بجامعة الوادي
ص. ب: 789 ولاية الوادي 39000 - الجزائر.

هاتف/فاكس: 032130322 البريد الإلكتروني: Ju-ju-st@univ-eloued.dz

من أعضاء الهيئة العلمية الاستشارية

(أ) من الجامعات الوطنية:

- أ.د. أبو بكر لشهب (جامعة الوادي)
أ.د. إبراهيم رحمانى (جامعة الوادي)
أ.د. الأخضر الأخضرى (جامعة وهران)
أ.د. سليمان ولد خسال (جامعة المدية)
أ.د. صالح بوشيش (جامعة باتنة)
أ.د. صالح حمليل (جامعة أدرار)
أ.د. عبد الرزاق زوينة (جامعة الجزائر 1)
أ.د. عبد القادر بن حرز الله (جامعة باتنة)
أ.د. عبد القادر بن عزوز (جامعة الجزائر 1)
أ.د. عز الدين كيحل (جامعة بسكرة)
أ.د. عمار بوضياف (جامعة تبسة)
أ.د. فريدة مزباني (جامعة باتنة)
أ.د. مبروك غضبان (جامعة باتنة)
أ.د. محمد الناصر بوغزالة (جامعة الجزائر 1)
أ.د. محمد سنيى (جامعة البليدة)
أ.د. مقلاتي صحراوي (جامعة باتنة)

(ب) من خارج الوطن:

- أ.د. حسن عبد الغنى أبو غدة (جامعة الملك سعود بالرياض - السعودية)
أ.د. صالح خالد الشقيرات (جامعة الجوف - السعودية)
أ.د. عبد الحق حميش (جامعة حمد بن خليفة - قطر)
أ.د. عز الدين بن زغبية (كلية الدراسات الإسلامية والعربية - دبي)
أ.د. محماد بن محمد رفيع (جامعة سيدي محمد بن عبد الله - فاس - المملكة المغربية)
أ.د. محمد أحمد حسن القضاة (الجامعة الأردنية)
أ.د. محمد علي سميران (جامعة آل البيت - المفرق - الأردن)
أ.د. يوسف إبراهيم يوسف (جامعة الأزهر)

- تتعاون المجلة مع أكثر من مائة محكم متخصص من داخل وخارج الوطن ممن لهم درجة الأستاذية في التعليم العالي.

قائمة المحتويات

مجلة الدراسات الفقهية والقضائية : العدد الأول - السنة الأولى
صفر 1437 هـ / ديسمبر 2015 م

رقم الصفحة	الموضوع
07	□ كلمة الرئيس الشرفي للمجلة: مدير الجامعة الأستاذ الدكتور عمر فرحاتي
09	□ كلمة مدير المجلة الأستاذ الدكتور أبو بكر لشهب
	□ افتتاحية العدد: العولمة القانونية وخصوصية النظم القانونية الوطنية.
11	بقلم رئيس التحرير: الدكتور عبد القادر حوبه
	□ تعلق الحقوق والواجبات بالذمة، وتجزؤ الأهلية تكامل أم انفصام؟ بين فقهاء الشريعة وفقهاء القانون.
15	بقلم: أ.د. أبو بكر لشهب (جامعة الوادي - الجزائر)
	□ التعريف بالنظريات الفقهية وأهميتها دراستها
37	بقلم: د. قبلي مهني (جامعة الأغواط - الجزائر)
	□ ما جرى به العمل وبعده المقاصدي في الفقه المالكي
57	بقلم: د. نبيل موفق (جامعة الوادي - الجزائر)
	□ أثر الفقه المقارن في مؤلفات المالكية
75	بقلم: أ. فريدة حايدي (جامعة الوادي - الجزائر)
	□ ضوابط التمييز بين المخارج المشروعة والحيل الممنوعة
105	بقلم: د. عبد القادر جعفر (جامعة غرداية - الجزائر)
	□ إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه "دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري"
127	بقلم: د. عبد الله حاج أحمد (جامعة أدرار - الجزائر)
	□ مركز الولي في عقد الزواج فقها وقانونا وقضاء
143	بقلم: أ. محمد بجاق (جامعة الوادي - الجزائر)
	□ الدفع بالنظام العام في منازعات الميراث والوصية ذات البعد الدولي
177	بقلم: د. بدر شنوف (جامعة الوادي - الجزائر)

قواعد النشر في المجلة

- ❑ أن لا يكون البحث منشورا أو مقمدا للنشر في مجلة أخرى.
- ❑ أن لا يكون البحث مستلا من رسالة جامعية أو من كتاب سبق نشره.
- ❑ أن يكون البحث في نطاق اختصاص المجلة (علوم الفقه والقضاء والشريعة والقانون) وأن يتسم بالجددة والإضافة.
- ❑ أن يتراوح عدد صفحات البحوث من خمسة عشر صفحة إلى ثلاثين صفحة من الحجم A4.
- ❑ أن يلتزم الباحث بمعايير البحث العلمي وقواعده مع مراعاة التوثيق الدقيق لمواد البحث.
- ❑ أن يرقن بحثه بخط "تراديسيونال أراييك" صفحات A4 ، وأن يستعمل حجم الخط 16 بالنسبة للمتن، و12 بالنسبة للحاشية وفق صيغة وورد، وأن تكون الحواشي والإحالات آخر البحث وفق ترقيم تسلسلي مع ذكر البيانات الكاملة للمصادر والمراجع المعتمدة.
- ❑ يرفق البحث بملخص في حدود مائة كلمة. مع ترجمته إلى اللغة الإنجليزية.، وإذا كان البحث بلغة أجنبية يرفق بملخص باللغة العربية.
- ❑ يرسل البحث عبر بريد المجلة الإلكتروني، أو يرسل في قرص ممغنط CD مع نسختين ورقيتين عبر العنوان البريدي للمجلة.
- ❑ يرفق الباحث خطاباً موقعاً منه يطلب فيه نشر بحثه، متضمناً تصريحاً بكون بحثه ليس جزءاً من رسالة جامعية أو كتاب منشور أو أرسل للنشر في دورية أخرى.
- ❑ يرفق البحث بالسيرة الذاتية للكاتب متضمنة درجته العلمية ووظيفته وعنوانه الكامل (المهني - الشخصي) البريدي والإلكتروني ورقم الهاتف.
- ❑ تُعرض البحوث على لجنة فحص أولي للنظر في مدى استيفائها لشروط النشر، ثم توجه إلى التحكيم المتخصص بشكل سري.
- ❑ ترسل المجلة وعدا بالنشر بمجرد وصول التقارير إيجابية. كما ترسل اعتذاراً عن النشر إذا كانت التقارير غير إيجابية دون الالتزام بإعادة إرسال الأبحاث إلى أصحابها أو بيان مبررات الامتناع عن النشر.
- ❑ يُعطى الباحث في حالة نشر بحثه ثلاث نسخ من العدد الذي نشر فيه بحثه.
- ❑ تمتلك المجلة حقوق نشر البحوث المقبولة فيها للنشر، ولا يجوز نشرها لدى جهة أخرى إلا بعد الحصول على ترخيص رسمي من المجلة.
- ❑ لا يحق للباحث طلب عدم نشر بحثه بعد تحكيمه وقبوله للنشر.
- ❑ ما ينشر في المجلة يعبر عن رأي كاتبه، ولا يمثل بالضرورة رأي المجلة.
- ❑ يخضع ترتيب الموضوعات بالمجلة لاعتبارات فنية لا ترتبط برتبة الباحث ولا بمكانته العلمية.

الكلمة الافتتاحية
للسيد مدير الجامعة

الأستاذ الدكتور عمر فرحاتي

تمثل هذه الحركية العلمية التي تشهدها جامعة الشهيد حمّـه لخضر نقلة نوعية في بعدها المعرفي والأكاديمي وفي شقيها الأساسيين الفعل البيداغوجي والبحث العلمي اللذين يشكلان مركز الثقل الأساسي وجوهر الإشعاع العلمي المراد تحقيقه .

في هذا الإطار، وهذا المناخ المتميز يأتي نشاط مخبر الدراسات الفقهية والقضائية بنوعية أساتذته وثقل برنامجه وطموح مسؤوليه، وهذا يحمل الجميع مسؤولية ثقيلة في تقديم الاجتهاد الفقهي والقضائي المطلوب وفي نشر الفكر العلمي المعتدل والذي نحن متأكدون من تجسيده الميداني وذلك لما لمسناه من نبل أخلاق منتسبي هذا المخبر ورشادة عقلهم وكفاءتهم العلمية.

إن هذا المولود الجديد سيكون بالتأكيد إضافة حقيقية للدراسات الفقهية والقضائية وسيكون مرجعا أساسيا لكل الباحثين والطلبة على اختلاف تخصصاتهم، وهذا مصدر فخر لنا ويدخل في سياق استراتيجيتنا

العامه للدفء بهذه الجامعة الفتية لتحتل الريادة في كل
المجالات .

تمنياتي بالتوفيق والسداد لفريق المجلة ولكل
أعضاء المخبر

مدير الجامعة
أ.د. عمر فرحاتي



كلمة مدير المجلة

الحمد لله الذي تتم بتوفيقه الأعمال وتعم بفضله البركات والصلاة والسلام على المبعوث هاديا ومعلما للبشرية محمد بن عبد الله عليه أفضل الصلاة وأزكى التسليم .

ويعد :

بتوفيق من الله تعالى أولا ثم بتضافر جهود ثلة من خيرة الأساتذة الباحثين في مخبر الدراسات الفقهية والقضائية بجامعة الوادي، - يطيب لي أن - أقدم العدد الأول من مجلة "الدراسات الفقهية والقضائية" للباحثين والدارسين وطلاب العلم .

ويأتي هذا العدد ضمن المشروع العلمي لمخبر الدراسات الفقهية والقضائية، إيماننا من القائمين عليه والمؤسسين له، أن تقدم الشعوب والأمم طريقه: البحث العلمي، وأن مخابر البحث والمجلات الأكاديمية رافد وداعم للعملية التعليمية بالجامعة، وهذه المجلة لبنة وخطوة مكملة للعمل البيداغوجي .

وبهذه المناسبة نؤكد لجمهور المجلة - من قراء، وباحثين،- أننا نحرص على الانتظام في صدور المجلة مرتين أو أكثر في السنة، وأن هيئة المجلة ترحب بكل إنتاج علمي من السادة العلماء من الأساتذة والباحثين من داخل الوطن وخارجه، تدخل ضمن مجال تخصصها ومحاور البحث في المخبر، باللغات الثلاث: العربية، والإنجليزية، والفرنسية، مع التقيد بالشروط والمعايير المتعارف عليها للنشر.

وآراء المحكمين - من داخل الوطن وخارجه - غير قابلة للنقد أو الاعتراض، كما أننا نعمل جاهدين على سرية التحكيم والتقيد فيه بالإجراءات المعمول بها دولياً.

ونعطي الأولوية للبحوث والدراسات العلمية ذات الطابع الميداني المتصلة بالقضايا المعاصرة، والمستجدات في الساحة الوطنية والإقليمية والعالمية. ونفتح المجال لنشر ملخصات وتقارير مشاريع البحوث الأكاديمية، ونتائج الدراسات، والتعاون مع كل الهيئات البحثية ذات الصلة العلمية (للتبادل والتعاون).

مدير المخبر
أ.د. لشهب بوبكر

افتتاحية العدد الأول

العولمة القانونية وخصوصية النظم القانونية الوطنية

لم تكن النظم القانونية التي يقوم عليها كيان المجتمعات يوما ما تسير في اتجاه واحد في كل مجالاتها، فكل مجتمع يخضع لقيم ومرتكزات يشعر من خلالها أفرادها بالزامية اتباعها وعدم الخروج عنها. غير أن تطور المجتمعات أدى إلى ظهور كيان جديد يتميز بنوع من التنظيم الدولي الذي لم يكن معروفا في العصور السابقة. هذا الكيان الجديد هو ما نطلق عليه بالمجتمع الدولي. وترتب على ذلك أن ظهرت الاتفاقيات الدولية الشارعة التي تنظم مجالات عديدة في العلاقات الدولية.

غير أن ما تضمنته بعض هذه الاتفاقيات ذات العلاقة بحقوق الإنسان طرح بشدة إشكالية عالمية حقوق الإنسان وعولمتها على صعيد الفقه القانوني الدولي، فبعد أن اضطلعت المنظومة القانونية الدولية باحتوائها على نصوص كثيرة تتعلق بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، لوحظ أن هذه المنظومة قد تصدت إلى الخوض في مسائل تعتبر من خصوصيات نظم قانونية داخلية، وكان الأصل أن تتطرق هذه المنظومة القانونية الدولية إلى تلك المفاهيم العامة التي تشترك فيها كل النظم القانونية الوطنية دون التطرق إلى الجزئيات ومحاولة الاعتماد على نظم على حساب أخرى.

وإذا كانت حقوق الإنسان تتصف حسب الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بالعالمية، بمعنى أنها حقوق لا تختلف فيها أي دولة عن الأخرى، أو أي مجتمع على مجتمع آخر، فإن الواقع يختلف عن ذلك، فما يعتبر حقا من حقوق الإنسان في مجتمع معين قد لا يشكل حقا في مجتمع آخر.

إن وجهة النظر الرامية إلى عالمية حقوق الإنسان تقوم على أن تسمية الإعلان العالمي بهذه التسمية يهدف إلى تكريس الحقوق المنصوص عليها في الإعلان، ومن أجل إقرار أن هذه الحقوق هي حقوق عالمية. فهي مبادئ واجبة التطبيق في كافة المجتمعات بغض النظر عن اختلافها اجتماعيا وسياسيا واقتصاديا وثقافيا.

ويظهر هذا المفهوم العالمي لحقوق الإنسان من خلال بعض نصوص ميثاق الأمم المتحدة مثل نص المادة 55 من الميثاق التي تنص على أنه "يشيع في العالم احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين، ولا تفريق بين الرجال والنساء ومراعاة تلك الحقوق والحريات فعلا".

ومع ذلك، فإن هذا المفهوم العالمي يعترضه الكثير من العوائق منها ما يتعلق بالجانب الفكري الأيديولوجي والحضاري، ومنها ما يتعلق بالجانب التقني. ومن هذا المنطلق يرى الاتجاه الآخر أن حقوق الإنسان تتميز في بعض جوانبها بطابع الخصوصية.

ففيما يتعلق بالعقبات الفكرية، فإن الجانب الفكري الأيديولوجي والحضاري ينعكس بالضرورة على مفهوم حقوق الإنسان، ففي المجال الأيديولوجي ننظر إلى مفهوم حقوق الإنسان الفكر الاشتراكي والفكر الرأسمالي، بالإضافة إلى الفكر الإسلامي.

ففي النظام الاشتراكي، نلاحظ أنه يعتمد على فكرة الملكية الجماعية لوسائل الإنتاج، وهو في ذلك يتجهج منهجا معاكسا للمنهج الرأسمالي في تسيير وسائل الإنتاج، حيث يعتمد هذا الأخير على فكرة الملكية الفردية لوسائل الإنتاج، وكل هذه الاختلافات تؤثر حتما على مفهوم حقوق الإنسان.

وإذا انتقلنا إلى النظام الاقتصادي الإسلامي، فإن الملكية لها ضوابط تحكمها، حيث أقر الإسلام الملكية الفردية للموارد الطبيعية ولرأس المال، كما تطرق إلى الملكية العامة التي تشمل الموارد الأساسية للطاقة والماء في المجتمع وغيرها، مما يعامل كمرافق عامة مما استحدثته الدولة من مال الجماعة أو مواردها المشتركة، وهذا يتعلق بالمصلحة العامة للمسلمين. وتكون الدولة في هذه الحالة مسؤولة عن إدارة المال العام أمام المجتمع الإسلامي.

أما في مجال الملكية الفردية، فقد وضع الإسلام ضوابط تهدف إلى وظيفتها في المجتمع ودورها في تنميته. ومن ثم، فإن الفرد في المجتمع الإسلامي يُفرض عليه واجب دفع الزكاة في ماله.

لذلك، نلاحظ أن الفرق بين مفهوم حقوق الإنسان في مجال الملكية بين كل من الفكر الاشتراكي من جهة، والفكر الرأسمالي من جهة ثانية، وبين مفهوم الملكية في الفقه الاقتصادي الإسلامي من جهة ثالثة... من خلال ذلك، فإن مفهوم حقوق الإنسان في مجال حق الملكية لا يتصف بالعالمية، بل تعترضه عقبات أيديولوجية تختلف من فلسفة إلى أخرى.

أما في المجال الحضاري، فإننا نلاحظ أن ما يتضمنه الميثاق الدولي لحقوق الإنسان يختلف في أجزاء منه عن ثقافات كثيرة.

وإذا ألقينا نظرة في الاتفاقية الدولية المتعلقة بالقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو)، نلاحظ أنها تلزم الدول بالعمل على القضاء على أي فوارق بين الرجل والمرأة، سواء أكان ذلك في مجال الحياة العامة بما فيها الحقوق: المدنية، والسياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية، أو في مجال التشريع الأسري. ولا تراعي هذه الاتفاقية غيرها من الكثير من

النصوص التي تتضمنها المنظومة القانونية الدولية خصوصيات النظم القانونية الأخرى، بل تقرر أحكاما تتعارض تماما معها، في محاولة منها لتوحيد الإطار القانوني في مجال حقوق المرأة دون مراعاة تلك الخصوصيات. وهو ما يفسر من جديد مسألة محاولة تعميم قيم منظومة قانونية غربية على قيم منظومات قانونية أخرى.

رئيس التحرير

الدكتور عبد القادر حوبه

تعلق الحقوق والواجبات بالذمة وتجزؤ الأهلية تكامل أم انفصام؟ بين فقهاء الشريعة وفقهاء القانون

بقلم

أ.د / أبو بكر لشهب*



الملخص

الذمة وعاء للأهلية عند البعض، ويرى آخرون أن المصطلحين لهما مفهوم واحد، واختلاف وجهات النظر بين سراح القانون، وفقهاء الشريعة، حول مفهوم الذمة، حيث يرى الأولون تعدد الذمة المالية، وانتقالها، خلافاً لفقهاء الشريعة، ولم تتحد كلمتهم حول العلاقة بين الاثنين، كل ذلك يجعل للموضوع أهمية . وهذا البحث نتناول فيه المراد بكل واحد من الثلاث - (الذمة والأهلية والولاية)-، والعلاقة بينهم، ونقارن بين الموجود والثابت في الفقهين (فقهاء الشريعة، وفقهاء القانون) نحدد نقاط الالتقاء ونقاط الافتراق، ونقف على النتائج المفيدة عند الاجتهاد.

مقدمة

يذكر الكثير من علماء التفسير ومقاصد الشريعة أن أجمع آية في القرآن الكريم، آية سورة النحل رقم 90: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾، فيها أمر تعالى بكل خلق حسن، ثم خص سبحانه العدل بالتأكيد في العديد من الآيات.

* أستاذ بمعهد العلوم الإسلامية - مدير مخبر الدراسات الفقهية والقضائية - جامعة الوادي - الجزائر.

ومناطق النزاع بين الفقهاء هنا أن الله تعالى قد حكم بوجود العدل والإحسان والأول من الثاني والثاني متمم للأول، وتحقيق العدالة يقتضي عدم المساواة أحيانا لاعتبارات منها: الاستحقاقات، والقيام بالواجبات، والأهلية، وأمام كل هذا قد تختلف وجهات النظر بين فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون، نظرا لاختلافاتهم في الأهلية وتقسيماتها، والعلاقة بينها وبين الذمة من جهة، وعلاقة الاثنين بالقيام بالواجبات من جهة ثانية.

وتباين وجهات النظر خاصة فيما يلي:

1/ في تحديد فقهاء الشريعة الإسلامية للعلاقة بين الذمة والأهلية، فهناك من يرى أن المصطلحين يختلف أحدهما عن الآخر؛ فالذمة وعاء للأهلية، وهناك من يرى أن المصطلحين لهما مفهوم واحد.

2/ اختلاف وجهات نظر شراح القانون حول مفهوم الذمة وحصنها في الحقوق المالية دون غيرها من الحقوق.

3/ مفهوم تعدد الذمة المالية، وانتقالها.

وجلي أن اختلاف وجهات النظر حول العلاقة بين الذمة والأهلية يجعل للموضوع أهمية جديرة بالبحث: إذ الذمة هي الشخصية القانونية، ولا تثبت إلا للإنسان - بعد ميلاده - بخلاف الأهلية فإنها وصف محلل الذمة، تثبت حتى للجنين - ناقصة - في انتظار التأكد من المحل الصالح له، وهو الذمة ولا يتأكد ذلك إلا بميلاده حيا، وهو جوهر الخلاف بين الأهلية والذمة.

ولما كانت الولاية الهدف منها رعاية مصالح المتولى عليه لعجزه، فإنه يمكن القول أن الولاية تدور مع صفات الأهلية.

هذا وسوف نقسم الموضوع إلى هذه المقدمة وثلاثة مباحث ثم خاتمة.

المبحث الأول

الذمة محل اعتباري

من أهم شروط من يتعلق الحكم بأفعاله:

1. أن يكون قادرا على فهم دليل التكليف، لهذا رفع القلم عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل¹، وأخرج الفقهاء غير الراشد - أو فاقد العقل - من دائرة المساءلة الجنائية، إلا من باب التدابير

الاحترافية...

2. الأهلية عند الأصوليين: الصلاحية للإلزام والالتزام. ويقسمونها إلى: أهلية وجوب، ناقصة وكاملة. وأهلية أداء، ناقصة وكاملة.

المراد بأهلية الوجوب

صلاحية الإنسان لأن تثبت له الحقوق، وهي ثابتة لكل إنسان بوصفه إنساناً، لأن أهلية الوجوب ملازمة للإنسانية في الإنسان²، فهي إذا عبارة عن صلاحية للإلزام دون الالتزام.

أما الكاملة فهي صلاحيته للإلزام والالتزام معا. إذا كانت أهلية الإنسان للشيء هي صلاحيته لأن يصدر ذلك الشيء عنه، وطلبه منه.

أما عند الأصوليين فهي وإن اختلفت تعريفاتهم فإنها لا تخرج عن: صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه³.

ويشترط لها ما يلي:

1. القدرة على فهم الخطاب.

2. أهلية المكلف للتكليف.

أهلية الأداء: وهي صلاحية الإنسان لأن تعتبر شرعاً أقواله وأفعاله وهي كذلك تكون ناقصة وكاملة.

صلاحية الإنسان لصدور الأفعال والأقوال منه على وجه يعتد به شرعاً، وهذه لا تثبت إلا بالتمييز وبهذا تكون مرادفة للمسؤولية الكاملة. بخلاف أهلية الوجوب: فإنها تعني صلاحية الإنسان لأن تثبت له الحقوق وتجب عليه الواجبات⁴. والناقصة: صلاحية الإنسان لأن تثبت له الحقوق فقط دون الواجبات (الإلزام دون الالتزام). وهي ثابتة للجنين وهو في بطن أمه، بحيث يكون محلاً اعتبارياً صالحاً لأن تثبت له الحقوق، مع عدم صلاحيته لأي التزام⁵.

فالجنين تثبت له الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول مثل الإرث والوصية⁶، وكل ما من شأنه الحفاظ عليه ولو بالتعويض، ويتولى وليه -أو الوصي- القبض والرعاية في كل الحقوق الثابتة له.

الذمة والفرق بينها وبين الأهلية:

1. معنى الذمة:

الذمة في اللغة: العهد، لأن نقضه يوجب الذم.

لقوله صلى الله عليه وسلم: «المسلمون تتكافأ دماؤهم، ويسعى بذمتهم أدناهم»⁷ وقوله صلى الله عليه وسلم: «من صلى صلاتنا، واستقبل قبلتنا، وأكل ذبيحتنا فذلك المسلم الذي له ذمة الله وذمة رسوله فلا تغدروا الله في ذمته»⁸ والمعنى فله عهد الله ورسوله فلا تغدروا⁹، فهي مناط الطلب، ومنشأ الاستحقاق.

الذمة اصطلاحاً: وصف شرعي يصير به الإنسان أهلاً لما له وما عليه¹⁰.

وجاء في الأشباه والنظائر الفن 3، ص 210، أنها أمر شرعي مقدر وجوده في الإنسان يقبل الإلزام والالتزام¹¹.

1. وصف من افتراض الشارع.

2. تقدير في الشخص.

والملاحظ أن هذه العناصر في الذمة هي نفسها المذكورة في الأهلية -أهلية الوجوب- إلا أن حقيقة الذمة، تدل على معنى الظرفية المقدرة في الإنسان لاستيعاب الحقوق له وعليه.

والأهلية قائمة على:

1. صلاحية الإنسان للإلزام.

2. صلاحيته للالتزام.

وبالنظر إلى العنصر الأول مجرداً، قلنا بأن الجنين له أهلية وبالتالي تثبت له الحقوق.

أما إذا نظرنا إلى العنصر الأول والثاني معاً، فإن الجنين يكون ليس أهلاً لأن تثبت له الحقوق.

وبالمقابل نجد اتفاق الفقهاء على أن الجنين وهو في بطن أمه تثبت له حقوق -كما سبق ذكره-

ومن هنا يمكن القول أن هذا العنصر -الصلاحية للالتزام- أحد عناصر الذمة، إلا أنه غير معتبر في أهلية الوجوب بالنسبة للجنين، ويصير الجنين له أهلية وجوب ناقصة، وليست له ذمة، لأن الذمة، أساسها قابلية التحمل¹²، وهذا لا يثبت

للإنسان إلا بعد ولادته حياً، بحيث يصبح المحل قابلاً لاستقرار الحقوق فيه، وبالتالي متى اعتبرنا الشخص ذا أهلية لتحمل اعتبرت له ذمة. فأهلية الوجوب أساس للذمة وليس العكس. خلافاً لما يذكر عن بعض الفقهاء: أن الأدمي يولد وله ذمة صالحة للوجوب بإجماع الفقهاء أما أهلية الوجوب فهي بناء على قيام الذمة¹³. وبهذا تكون الذمة أساس أهلية الوجوب، والواقع أن أهلية الوجوب أساس للذمة.

ويظهر أن الذمة لا تكون إلا على افتراض الاستقلال في الشخصية مع افتراض القدرة على تحمل الالتزامات، وهو الأمر الذي لا يتصور في الجنين. وعرفها بعض فقهاء القانون بأنها: مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات ذات قيمة مالية¹⁴.

وعرفها آخرون بأنها: مجموع ما يكون للشخص من الحقوق والالتزامات المالية الحاضرة والمستقبلية.. وهي مرادفة للفظ شخص¹⁵. وفقهاء الشريعة الإسلامية يعرفونها بما يلي¹⁶:

الذمة: محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه. فهي متصلة بذات الشخص، وليس بأمواله وثروته كما يشير إلى ذلك تعريف القانونيين، كما أنها غير محدودة -بالحقوق المالية فقط- بحيث تشغل بالحقوق المالية وغير المالية¹⁷.

فأمكن تعريف الذمة بأنها:

محل اعتباري وصفي في الشخص قابل لأن يشغل بالحقوق سلماً وإيجاباً.

محترزات التعريف:

قلنا محل لأنها موطن -مكان- الالتزام، وذلك على اعتبار أن أهلية الوجوب وصف للإلزام والالتزام أما الذمة فهي محل الإلزام والالتزام.

أما القول بأنها اعتبارية لأنها غير محدودة السعة والاستيعاب بحيث تثبت فيها -وعليها- كل الحقوق التي يتصور أن تكون صالحة لها.

والقول بأنها وصف هو ما ذهب إليه صدر الشريعة من الحنفية¹⁸ خلافاً للذين يرون بأنها ذات -نفس لها عهد- لأنها بهذا القول تكون الذمة هي نفس الشخص

وليست حكماً- ملحقاً بالشخص¹⁹.

قابلاً لأن يشغل بالحقوق سلماً وإيجابياً: حتى نوضح أن الذمة لا تكون لفاقد القابلية على تحمل الأحكام كالحيوان²⁰ وقلنا سلماً وإيجابياً لبيان أن الذمة لا تعني المطالبة بالحقوق دون الالتزام بالواجبات وإنها من لوازم الشخصية القانونية. وكل هذا يوضح أن الجنين لا ذمة له، وإن كانت له أهلية وجوب ناقصة. مميزات الذمة: بالنظر إلى التفصيل السابق، يمكن حصر مميزات الذمة فيما يلي: استقلال الشخصية: ويترتب على هذه الميزة أمور منها:

1. أنه لا ذمة لغير إنسان مستقل في الشخصية، فلا ذمة لحيوان وإن وجبت له بعض الحقوق -بالمفهوم العام- كالعناية به والنفقة من أموال الموصي أو المالك.
2. الجنين -من الإنسان-، لا ذمة له لأنه لا شخصية مستقلة له، وذلك لاعتباره جزءاً من أمه، يتغذى بغذائها ويحيى بحياتها ويموت بموتها ... مع أنه مهياً للانفصال فتمت انفصالاً حياً، حصلت له الشخصية المستقلة وبها أصبحت له ذمة -وأهلية وجوب كاملة- لهذا تثبت له بعض الحقوق²¹ ولا يجب عليه شيء من الالتزامات، لعدم قابليته لذلك -وما لزم منها- مثل بعض حقوق الآخرين- فإن الخطاب فيه موجه للولي والوصي. وبهذا يظهر الفرق بين أهلية الوجوب والذمة، فالأولى تتجزأ بحيث تكون في الجنين ناقصة وبعد ميلاده حياً كاملة، والذمة لا تتجزأ، فلا تثبت إلا لمن كملت عنده الشخصية باكتمال أهلية الوجوب. بل إن أهلية الوجوب الثابتة للجنين محدودة في بعض الأحكام التي لا تحتاج من جهة إلى رضى وقبول ومن جهة أخرى بها تحصل الشخصية الذمة مستقبلاً مثل: النسب، الإرث، الوصية²² والرعاية بكل معانيها ولوازمها²³.

3. هناك تلازماً بين الذمة والشخصية، فكل شخص قابل للإلزام والالتزام له ذمة مستقلة خاصة، باعتبار صفته الإنسانية الحقيقية.

-والذمة بهذا المفهوم تتسع لكل ما يتصور من الحقوق ولا حد لسعتها.
4. كما أن الذمة لا تتعدد في المحل الواحد، لأنها مساوية للشخصية، ولا تكون للفرد الواحد إلا شخصية قانونية واحدة.
5. والذمة الواحدة لا تكون إلا لفرد واحد، فذمة الأم لا اشتراك لجنينها فيها، لقوله تعالى: ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾²⁴.

تعلق الحقوق والواجبات بالذمة وتجزؤ الذمالية تكامل أم انفصام — أ.د/ أبو بكر لشهب

أخيراً: الذمة ضمان لكل الحقوق، وذلك لأنها مستقلة عما يملك صاحبها فتساوى فيها الحقوق، متى استقرت بسبب شرعي صحيح وتساوت في احترامها وانتفى الترحيح (بين الحقوق).

فأمكن تقرير ما يلي:

1. إن الذمة تبدأ بالولادة الكاملة، بخلاف الأهلية - أهلية الوجوب الناقصة - فإنها تبدأ قبل ذلك.

2. إن الذمة لا تتجزأ بخلاف الأهلية.

3. إن الجنين لا ذمة له، وله أهلية وجوب ناقصة²⁵، فلا يلزم بشيء، إلا أنه تجب له الحقوق.

4. إن الذمة لا توصف بالنقصان بخلاف الأهلية - أهلية وجوب ناقصة¹ فيخرج الجنين على أن تكون له ذمة وإن كانت له أهلية وجوب ناقصة²⁶.
الذمة عند علماء القانون²⁷: الذمة في القانون: هي مجموع ما يخص الشخص في أمواله حاضرة ومستقبلية. ومن أهم خصائصها:

1. لا ذمة بلا شخص، ولا شخص بلا ذمة سواء كان إنساناً أو شخصاً اعتبارياً وهي تكون للإنسان منذ كونه حملاً في بطن أمه²⁸. لأنهم اعتبروا الذمة مجموع ما للشخص وما عليه، والجنين له ذمة مالية لأنه أهل للملك وقد يكون له مال. أما في الفقه الإسلامي فإن الذمة محل اعتباري، والجنين لا تثبت عليه حقوق لأحد، وإن ثبتت له حقوق على غيره، فلا حاجة إذن إلى تقدير ذمة له ما دامت أهلية الوجوب الناقصة كافية في ضمان حقوقه.

2. لا يكون للشخص الواحد إلا ذمة واحدة وهو موافقاً لما جاء في الفقه الإسلامي.

3. الذمة وحدة مالية مستقلة عن العناصر التي تتألف منها، بينما في الفقه الإسلامي فإنه ينظر إلى الذمة على اعتبار الشخص ذاته وقابليته للإلزام والالتزام (وليس الأموال).

4. الذمة المالية ضمان عام لحقوق الدائنين، وهو ما رأيناه في الفقه.

5. الذمة لا تنتهي بموت صاحبها وإنما تبقى محتفظة بوحدتها وشخصيتها في صورة تركته حتى تتم تصفيتها.

بينما في الفقه تنتهي الذمة بموت صاحبها، والسبب أن أصحاب القانون يفصلون بين صاحب الذمة والذمة، فهم ينظرون إليها على أنها مجموعة حقوق مالية، وفي الفقه الإسلامي ينظر إليها على أنها محل قابل لكل الالتزامات والإلزاميات.

المبحث الثاني الأهلية وأقسامها

(الأهلية لكسب الحقوق وتحمل التزامات وهي أقسام)

الأهلية في اللغة: تعني: الصلاحية²⁹ جاء في التنزيل ﴿ وكانوا أحق بها وأهلها ﴾³⁰ أي وكانوا صالحين.

فهي بمعنى: الجدارة والكفاية لأمر من الأمور فلان أهل لكذا أي كفاء وجدير³¹.

وإنسان ذو أهلية أي كفاء ومتمكن، أما فقدان الأهلية فيعني حرمان المرء من حق أو تصرف³²، فهي - أعني الأهلية - الصلاحية للأمر، ومن الخصائص المميزة للإنسان يتوقف على توفرها فيه معرفة مدى ما يمكن أن يتمتع به من الحقوق وما يمكن أن يلتزم به من الواجبات.³³

أما في الاصطلاح فالأهلية تعني صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات³⁴ وبهذا تكون الأهلية مؤثرة في حياة الشخص تأثيرا كبيرا فليس لأحد أن ينزل عن أهليته أو يعدل في أحكامها، لأنها تمثل الخصائص المميزة للإنسان حيث يتوقف على توفرها فيه معرفة مدى ما يمكن أن يتمتع به من الحقوق ومدى ما يمكن أن يلتزم به من الواجبات.³⁵

فهي مطلوبة في كل خطوة يخطوها الإنسان في أفعاله وتصرفاته التي تعتمد نتائجها صفات مخصوصة في الفاعل المتصرف.³⁶

والأهلية قائمة على أساس ضرورة اتصاف الشخص بالصفات التي يقدر الشارع لزوم وجودها فيه ليتمكن ثبوت الأحكام الشرعية في حقه، ولتصح منه التصرفات وتترتب نتائجها بما يناسب الموضوع.³⁷

وعند الفقهاء: صلاحية الإنسان لأن تثبت له الحقوق وتجب عليه الواجبات.³⁸ والأساس في ثبوتها هو وجود الحياة فيه، وهي أقسام.

تعلق الحقوق والواجبات بالذمة وتجزؤ الذمالية تكامل أم انفصام — أ.د/ أبو بكر لشهب

أقسام الأهلية

تقسم الأهلية إلى: أهلية وجوب، وأهلية أداء، وكل قسم يقسم إلى كامل وناقص.

أ- أهلية الوجوب:

مناطها هو الصفة الإنسانية³⁹، ولهذا ثبتت للجنين باعتبار صفته إنسانا ولو احتمالا، فكانت ناقصة في انتظار التحقق بميلاده حيا. وصف يصير به الإنسان أهلا لما له وما عليه⁴⁰ ومرتبطة بوجود الذمة فلا تثبت كاملة لمن لا ذمة له (لعدم توفر الذمة فيه)⁴¹. وتتحقق بمجرد وجود الإنسان سواء كان بالغا أم صبيا... ذكراً أم أنثى... وتستمر إلى أن يموت⁴². ويعرفها فقهاء القانون الوضعي: بأنها صلاحية الشخص ليكون له حقوق وعليه التزامات.⁴³ وصف ملازم للشخص لا يزول إلا بزواله.

1. أهلية الوجوب الناقصة

وهي الثابتة للجنين وهو في بطن أمه، تثبت له حقوقا دون أن ترتب عليه واجبات في انتظار ولادته حيا⁴⁴. والحقوق الثابتة بهذا النوع من الأهلية هي التي لا تحتاج إلى قبول كالإرث والوصية، والوقف، وكل ما يجب له من الرعاية والعناية.

2. أهلية الوجوب الكاملة أو التامة

وبالولادة تثبت أهلية الوجوب تامة لمن ولد حيا، إلا أنها مشروطة⁴⁵

1. صلاحية الذمة لتصرف الأولياء والأوصياء، حتى تكون هذه التصرفات جائزة شرعا، ويترتب على هذا وجوب التزام من صلحت ذمته للأداء. بكل العقود التي كانت من وليه.
2. ثبوت حقوق الغير التي ليست عبادة محضة مثل الزكاة في المال، فإن فيها معنى المؤونة، وكذا النفقة على الأقارب بخلاف الصلاة والصوم فلا تثبت من باب الوجوب، وإنما من باب الاستحباب، والتعليم. وفي الكل الولي مكلف بالتنفيذ والتعليم.

3. ضمان حقوق الغير من المتلفات، لأن الذمة هنا صالحة لذلك، لأنه ليس من قبيل العبادة الخالصة، وإنما من باب حقوق العباد المبنية على المشاحة

والمطالبة.

ب. أهلية الأداء

ويراد بها أهلية الشخص لاكتساب الحقوق من تصرفاته، وإنشاء الحقوق لغيره، بحيث يكون مطالباً بكل التكاليف الشرعية والقانونية سواء كانت عبادة خالصة، أو عبادة فيها معنى المؤونة، أو مالية خالصة، وسواء كانت له أو عليه. ومناطق هذه الأهلية هو العقل فتكامل باكتماله وتنقص بنقصانه⁴⁶ لهذا يعرفها فقهاء القانون بأنها: صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيرا يرتب عليه القانون آثاره⁴⁷، أو صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية.⁴⁸ أما في الشرع فتعني صلاحية الإنسان لصدور الأفعال والأقوال منه على وجه يعتد به شرعاً.⁴⁹

فيكون الأساس في وجودها هو التمييز، بحيث ترادف المسؤولية. ولما كان من غير الممكن حصول التمييز أو معرفة الإدراك العقلي دفعة واحدة - وإنما يحصل ذلك بتدرج - فإن الأشخاص يختلفون في بلوغ درجة التمييز والإدراك، وبقدر قوة ذلك فيهم تكتمل الأهلية. لهذا كانت أهلية الأداء كاملة وناقصة.

1. أهلية الأداء الناقصة

كل تصرف للإنسان له ناحيتان، أولاهما وجوده الحسي، وثانيهما وجوده الاعتباري. أما الأول فيتمثل بالوقوع بالحركة والصورة المادية والثاني هو اعتبار الشارع للتصرف - بعد الوقوع - أنه صالح لترتب الأحكام عليه، وهي آثار الفعل الشرعية، وعدم اعتبار الشارع لآثار التصرف يجعل من وجوده كعدمه، سواء كان قولاً أو فعلاً.

إلا أن هناك مراحل في حياة الإنسان يكون فعله دائراً بين الاعتبار والإلغاء حسب نقص واكتمال الإدراك والإرادة عند المتصرف، وهذا في حد ذاته مرجعه إلى درجة اكتمال العقل عند الإنسان، بشرط أن لا يكون فيه إهدار أو ضياع لحقوق الأدميين خاصة المادية المالية منها.

فباكتمال صفة العقل بالبلوغ والرشد ولو افتراضاً تكون أهلية الأداء كاملة بمجرد وجود ما يدل على العقل في الجانب العملي.

وما يدل على الإدراك النسبي.. والتمييز به، تكون أهلية الأداء ناقصة في

الإنسان، بحيث تضمن للطفل حماية من العقاب إلا بما يناسب حاله، كما يكون فيها ضمان لحقوق الآخرين المالية (الضمان بالتعويض).

لأن العقل وإن كان مستقلا ببصيرته فقد يزداد بالتجارب تيقظا ولممارسة الأمور تحفظا، فلا يلتبس عليه حزم ولا ينتقض عليه عزم.⁵⁰

وفي الجملة فأهلية الأداء الناقصة هي:

أثر من آثار الإدراك والإرادة - التمييز - في الإنسان يصبح به مسؤولا عن أفعاله وأقواله التي يشترط لها شرعا مجرد التمييز.

ولهذا قيل أن مناطها التمييز⁵¹ فهي ثابتة للطفل منذ أن يصير مميزا⁵² إلى أن يبلغ سن البلوغ فالرشد.

وفي هذه المرحلة من عمر الطفل تصح منه بعض الحقوق الواجبة في حق الله تعالى كالإيمان والكفر والصلاة والصوم والحج، وإن كان غير مطالب بها على وجه الحتم واللزوم، وإنما على وجه التعليم والتأديب والتهذيب، فلا يطالب بها إذا فات وقتها أو أبطلها بعد الدخول فيها.⁵³

أما إذا كانت الأفعال والأقوال متعلقة بحقوق العباد، فالنظر يكون فيها من اعتبارات ثلاثة:

الاعتبار الأول: النفع والضرر للطفل.

الاعتبار الثاني: ضمان حقوق الصغير.

الاعتبار الثالث: درجة الإدراك.

الاعتبار الأول: النفع والضرر للطفل⁵⁴

وبهذا الاعتبار تقسم تصرفاته إلى ثلاثة أقسام:

الأول: أفعال نافعة نفعاً محضاً: وهي التي يترتب عليها زيادة في ملك (بدخول غير ماله فيه من غير مقابل) مثل قبوله للهبة والصدقة، واستحقاقه الأجرة إذا أجر نفسه.

فما كان كذلك صحح من الصبي وينفذ دون حاجة إلى إذن وليه أو إجازته، لأن الهدف من الولاية عليه هو ضمان حقوقه وتحصيل منفعه وقد حصل.

الثاني: أفعال ضارة ضرراً محضاً: وهي عكس السابقة تماماً بحيث يحصل بها نقص في الملك من غير مقابل، ومثالها الصدقة والهبة والوقف وكل ما كان في

معناها لا يصح من الصبي المميز ولو مع إجازة وليه لأن الولي لا يملك إلا الحفاظ على ما له بالنماء والزيادة.

الثالث: أفعال دائرة بين النفع والضرر: فهذه تصح من الصبي المميز نظرا لثبوت أصل أهلية الأداء له، ولا تصح منه لأن أهليته غير كاملة لاحتمال عدم حسن تدبيره بنقص في ادراكه.

ولذلك فهي تصح بإذن وليه، وإلا كانت موقوفة على إذن الولي فتتخذ بإجازته وتبطل بعدمها.

لهذا: فيعهه وشراؤه وإجارته ونكاحه... صحيح بإذن الولي، أو إجازته، مع ملاحظة وتقدير النفع والضرر.

المبحث الثالث الولاية

(سلطة مقيدة بالنفع للغير والأهلية الذاتية، وأحكام تتعلق بذمة الولي وأخرى بذمة القاصر) ولاية على النفس، وأخرى على المال، الأولى مدارها التربية والتأديب، والثانية مدارها الحفظ والصيانة، لهذا حذر الشارع من ترك الولد وإهماله قال عز وجل: ﴿يا أيها الذين آمنوا قوا أنفسكم وأهليكم نارا وقودها الناس والحجارة﴾⁵⁵.

والوقاية تحصل بتعليمهم وتأديبهم كما قال علي رضي الله عنه: "وأمرهم بطاعة الله وتعليمهم الخير"⁵⁶، تماشيا مع المسؤولية العامة والخاصة المفروضة على كل ولي لقوله صلى الله عليه وسلم: "كلكم راع ومسؤول عن رعيته، فالإمام راع ومسؤول عن رعيته والرجل راع في أهله ومسؤول عن رعيته، والمرأة في بيت زوجها راعية وهي مسؤولة عن رعيته، والخادم في مال سيده راع وهو مسؤول عن رعيته"⁵⁷. وهي أحكام تتعلق بذمة كل ولي حسب درجة ولايته.

والوقاية المذكورة في الآية، والمسؤولية في الحديث لا يتحققان إلا بالتعليم والتربية على الخير والنهي عن الشر، بداية بمعاني العقيدة والسنن الكونية ووجود القدوة الصالحة، حتى يسلم العقل من الزيغ والضلال⁵⁸. يرافق هذا الواجب رفق من غير إخلال بالواجب؟

رأى الأقرع بن حابس النبي صلى الله عليه وسلم وهو يقبل ولده الحسن فقال:

تعلق الحقوق والواجبات بالذمة وتجزؤ الذمالية تكامل أم انفصام — أ.د/ أبو بكر لشهب

إن لي عشرة من الولد ما قبلت واحدا منهم! فقال عليه الصلاة والسلام: " من لا يرحم لا يُرحم"⁵⁹، حكم آخر تعلق بذمة الولي وحق للقاصر .
وأن يقوم به وهو منشرح الصدر محتسبا الأجر عند الله تعالى قالت عائشة رضي الله عنها قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم يوما: اغسلي وجه أسامة، فجعلت أغسله وأنا أنفة، فضرب يدي ثم أخذه فغسل وجهه ثم قبله ثم قال: قد أحسن بنا إذ لم يكن جارية⁶⁰. تقرير من رسول الله صلى الله عليه وسلم لمبدأ اللطف والرحمة مع الصغار⁶¹، حتى أنّ الإمام البخاري أفرد بابا كاملا بعنوان رحمة الصغير.⁶²

ويبلغ الرفق بالولد حتى يجعله بمنزلة الرفق بالوالد، سأل رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: من أبر؟ فقال: بر والديك. فقال لي ولدان. فقال برّ ولدك. كما أن لوالدك عليك حقا كذلك لولدك عليك حق⁶³.
رفق مرفوق بالتقويم من غير إفراط لأن القسوة والعنف في الصغر مدعاة إلى ذلك في الكبر.⁶⁴

ومعلوم أنه ما أفسد الأبناء مثل إهمال الآباء في تأديبهم وتعليمهم ما يصلح دنياهم وآخرتهم وتفريطهم في حملهم على طاعة الله وزجرهم عن معصيته وإعانتهم على شهواتهم، يحسب الوالد أنه يكرمه بذلك وقد أهانه، وإنه برحمته قد ظلمه وحرمه ففاته انتفاعه بولده، وفوت عليه حظه في الدنيا والآخرة⁶⁵.

إن الله سبحانه وتعالى يسأل الوالد عن ولده يوم القيامة قبل أن يسأل الولد عن والده.⁶⁶، لأنه تعالى كما قال: ﴿ووصينا الإنسان بوالديه حسنا﴾⁶⁷. قال: ﴿قوا أنفسكم وأهليكم نارا وقودها الناس والحجارة﴾⁶⁸، فكما أن للأب على ابنه حقا، لابن علي أبيه حق⁶⁹، قال ابن عمر رضي الله عنهما: أدب ابنك فإنك مسؤول عنه ماذا أدبته وماذا علمته؟ وهو مسؤول عن برك وطواعيته لك.⁷⁰

قال الإمام النووي: على الأب تأديب ولده وتعليمه ما يحتاج إليه من وظائف الدين، وهذا التعليم واجب على الأب وسائر الأولياء قبل بلوغ الصبي والصبية.⁷¹ لما جاء في السنة "أن لولدك عليك حقا"⁷². وحديث: "كلكم راع ومسؤول عن رعيته"⁷³. وتأديب الوالد ولده من أفضل الأعمال التي يقوم بها "ما نحل والد ولدا

أفضل من أدب حسن"⁷⁴.

واعتبر العز بن عبد السلام ضرب الصبيان من الأفعال المشتملة على المصالح والمفاسد مع رجحان مصالحها على مفاسدها، ومع ذلك لا يجوز إذا كان مبرحاً، لأن الضرب مفسدة وإنما جاز لكونه وسيلة إلى مصلحة فإذا لم يحصل التأديب به سقط الضرب الخفيف كما يسقط الضرب الشديد لأن الوسائل تسقط بسقوط المقاصد⁷⁵.

هذا ما تعلق بالولاية على النفس،

أما الولاية على المال:

فهي أوسع، لأنها لا تستقل عنها بخلاف الولاية على النفس لا يشترط معها ولاية على المال ولا تستلزمها.

والأب أولى الناس بالإشراف على مال ابنه اتفاقاً واختلفوا في غيره، فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى تقديم وصي الأب عن غيره⁷⁶ لتعيين الأب له فأصبح نائباً عنه.

وذهب الشافعي إلى أن الولي بعد الأب هو الجد الصحيح، لأن ولايته مقررة من قبل الشارع لإنزاله منزلة الأب⁷⁷.

ويرى المالكية والحنابلة إنها لا تثبت إلا للأب أو وصيه، ولا تثبت لغيرهما كالجد أو العصة⁷⁸.

والذي يراه الباحث

• أن المعتبر في الولاية على المال هو الحفظ والصيانة وأن هذا متحقق في الأب ووصيه إلا بما يثبت عدم الأهلية فيهما.

• ومهما كان الولي على المال فلا بد من توفر شروط فيه منها:

1. كمال الأهلية، لأن فاقد الأهلية الكاملة ليس أهلاً للولاية على نفسه، فمن باب أولى أن لا يكون أهلاً للولاية على مال غيره⁷⁹.

2. الاتحاد في الدين، فإن كان الأب غير مسلم فلا ولاية له على مال ابنه المسلم⁸⁰، وعلى القاضي أن يعين من يتولى حفظ وصيانة المال، لأن القاضي والي من لا والي له، ويلحق بغير المسلم من كان غير صالح في دينه⁸¹.

3. أن لا يكون مبذراً، أو سيء التدبير، لأن ولايته على المال ولاية حفظ

وصيانة، وسيء التدبير لا يمكنه ذلك، كما أن المبذر يتلف المال ويضيعه، فليس لواحد منهما ولاية على مال.

4. أن يكون حسن التدبير أميناً غير مبذر حتى يكون له مطلق التصرف في المال.

وتتوفر هذه الشروط في الولي على المال يجوز له الانفاق على الطفل من ماله والتصرف في المال بكل ما يحفظه وينمي، من بيع، وأجرة وصيانة.⁸²

سلطة الولي على المال

إذا توفرت شروط الولاية في الولي على المال جاز له فعل كل ما من شأنه صيانة المال .

يجوز له اتخاذ كل التدابير التي بها يحفظ، فيبيع متى دعت الحاجة إلى بيعه عند جمهور الفقهاء ويستبدل ما تدعو ضرورة صيانتته إلى الاستبدال⁸³ . هذه السلطة للولي ليست خاصة بالأب دون غيره كما ذهب أكثر الفقهاء⁸⁴ ، وإنما تعم كل ولي على مال .

لعموم قوله عز وجل: ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن﴾⁸⁵ لأن اليتيم هو كل من فقد أباه دون البلوغ، وسمي بهذا لانفراد،

ومعنى اليتيم هذا متحقق في كل محتاج إلى من يعتني به ويدبر أمره، فإذا استحق الولي أجراً بسبب ولايته على المال فله ذلك بالتي هي أحسن، حفظاً للمال، خلافاً للحنفية الذين قالوا: لا يأخذ الوصي من مال اليتيم شيئاً لا على سبيل القرض، ولا على سبيل الابتداء سواء كان الولي غنياً أو فقيراً واحتجوا بقوله عز وجل: ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾ وقوله عز وجل: ﴿وآتوا اليتامى أموالهم﴾ وقوله عز وجل: ﴿إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً...﴾⁸⁶ .

ورجح الإمام الطبري في تفسيره لآية ﴿إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً﴾ جواز الأخذ من مال اليتيم على سبيل الاستقراض، واعتبره من الأكل بالمعروف المذكور في سورة النساء "فليأكل بالمعروف"⁸⁷ .

الخاتمة

وفي الختام يمكننا تسجيل النقاط التالية:

1. الذمة: محل اعتباري وصفي في الشخص قابل لأن يشغل بالحقوق سلبا وإيجابا، فتكون في مقابل الشخصية القانونية.
2. لا ذمة لغير إنسان مستقل في الشخصية و الجنين -من الإنسان-، لا ذمة له لأنه لا شخصية مستقلة له، وإن ثبتت له الأهلية الناقصة.
3. نظرا للتلازم بين الذمة والشخصية، كل شخص قابل للإلزام والالتزام له ذمة مستقلة خاصة.
4. الذمة تتسع لكل ما يتصور من الحقوق ولا حد لسعتها.
5. الذمة لا تتجزأ و لا توصف بالنقصان بخلاف الأهلية
6. الذمة عند فقهاء القانون : وحدة مالية مستقلة عن العناصر التي تتألف منها، بينما في الفقه الإسلامي فإنه ينظر إليها على اعتبار الشخص ذاته وقابليته للإلزام والالتزام (وليس الأموال).
7. الذمة المالية ضمان عام لحقوق الدائنين، في الفقهين.
8. الذمة لا تنتهي بموت صاحبها وإنما تبقى محتفظة بوحدتها وشخصيتها في صورة تركته حتى تتم تصفيتها عند فقهاء القانون.
- لأنهم يفصلون بين صاحب الذمة والذمة، وفي الفقه الإسلامي ينظر إليها على أنها محل قابل لكل الالتزامات والإلزامات.
9. هناك علاقة تكامل وترابط بين الذمة والأهلية بقسميها.
10. تفصيل فقهاء الشريعة في الأهلية وتحديد علاقتها بالذمة أضمن للحقوق وأدعى لتحمل الواجبات.
11. الولاية سلطة مقيدة بالنفع للغير والأهلية الذاتية، وشروط تتعلق بذمة الولي وأخرى بذمة القاصر .
12. المعترف في الولاية على المال الحفظ والصيانة و هذا متحقق في الأب ووصيه إلا بما يثبت عدم الأهلية فيهما، أو في أحدهما.
13. من شروط الولي على المال حسن التدبير إضافة للأمانة وعدم التبذير .
14. يجوز للولي على المال اتخاذ كل التدابير التي بها يحفظ المال محل

الولاية، فيبيع متى دعت الحاجة إلى بيعه عند جمهور الفقهاء ويستبدل ما تدعو ضرورة صيانته إلى الاستبدال.

15. أخذ الولي على المال أجرا - بالتي هي أحسن - على ولايته إذا استحق واحتاج إليه، حفظا للمال، ليس من قبيل أكل أموال اليتامى بالباطل، وإنما من صميم صيانتهم للمال، بشرط تقدير الضرورة، وعدم الزيادة على الحاجة.

والحمد لله رب العالمين

الهوامش:

¹ رواه أحمد وأبو داود والحاكم. الترمذي رقم 1423 وأبو داود رقم 44.3، والحديث صحيح بتعدد طرقه. ينظر ابن الأثير في جامع الأصول 506/3 و611. والآمدي في الأحكام 78/1.

² وهبة الزحيلي أصول الفقه الاسلامي 163/1 وما بعدها. خلاف علم أصول الفقه ص 136-137.

³ وهبة الزحيلي أصول الفقه الاسلامي 163/1. ويشترط لها شروطا نذكرها مجملة في شرطين أساسيين.

أولهما: القدرة على فهم الخطاب.

ثانيهما: أهلية المكلف لما كلف به، ويكون كذلك بالعقل، لهذا اعتبروا العقل شرط التكليف. حتى قال الآمدي: اتفق العقلاء، على أن شرط المكلف أن يكون عاقلا فاهما للتكليف. الأحكام 78/1.

⁴ وأساس ثبوتها وجود الحياة ولهذا ذهب البعض إلى مساواتها وتسميتها بالذمة، وسيأتي بيان الفرق بين الاثنين فيما بعد.

⁵ ونجد في الاجتهاد الحنبلي أن نفقة أقارب الجنين واجبة في ماله ان كان له مالا، وبهذا يكون الحمل له ذمة انظر بن رجب في القواعد ص 181.

⁶ المغني والشرح الكبير 435/6-443. والمحلى لابن حزم مسألة رقم 1755 و1746. د. صبحي محمصاني .. تراث الخلفاء الراشدين ص 400 و521 و522. العز بن عبد السلام. قواعد الأحكام 274/2.

⁷ أي عهدهم وهناك أحاديث كثيرة في كتب السنة وردت فيها لفظة: الذمة تفيد كلها معنى العهد. أنظر البخاري كتاب الفرائض باب 21، والمدينة 1 والاعتصام 5. ومسلم برقم 467 و470.

⁸ البخاري كتاب الصلاة باب (28) استقبال القبلة. رقم 391 والفتح 496/1.

⁹ ينظر فتح الباري ط الرياض ح 1/ ص 496.

¹⁰ تنقيح الأصول لصدر الشريعة 153/3 نقلا عن مصطفى أحمد الزرقا في المدخل الفقهي العم 182/3.

¹¹ المرجع السابق 183/3.

- ¹² مصطفى أحمد الزرقا. المدخل. 184/3.
- ¹³ عبد العزيز البخاري في شرح أصول البزدوي 234/4. ولعل المراد هنا بأهلية الوجوب عنصرها الثاني -القابلية للالتزام- الذي به تكتمل أهلية الوجوب، وكذا الذمة، أما القول بأن مجرد القابلية للالتزام هو الذمة فإنه مخالف حتى لأقوال الفقهاء في الديون المالية مثلا قولهم: أن الدين في الذمة وصف شاغل لها، وقولهم الذمة مشغولة بكذا.
- ¹⁴ إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق. ط 1992 الجزائر ص 231.
- ¹⁵ د. محمد حسين: الوجيز في نظرية الحق ص 147 وما بعدها. د. حجازي. نظرية الحق ص 224. محمد سلام مذكور. المدخل للفقه الاسلامي ط 1969 ص 440.
- ¹⁶ مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام 190/3.
- ¹⁷ كما تشغل بالأموال تشغل بالأعمال في مثل عمل الأجير، وتشغل بالواجبات الدينية من صلاة وصوم وزكاة....
- ¹⁸ التوضيح والتلويح - 3. ص 153.
- ¹⁹ ذهب إلى هذا الرأي البزدوي وابن مالك، والمراد بالنفس هي ذات الإنسان ينظر شرح المنار ص 936.
- ²⁰ مثل ما كان بفعل الرومان حين كانوا يحاكمون البهائم ويحكمون عليها وظل ذلك في فرنسا أيضا إلى القرن 18 ميلادي. المدخل 191/3. فالطفل الصغير ولو ابن يوم يلزم بحقوق الآخرين من جبر لمتلف أو نفقة واجبة لقريب -ان كان له مال- ووليّه أو وصيه يلزم بتنفيذ ذلك.
- ²¹ ثبت له الحقوق التي تصح فيها النيابة، وهي التي لا تحتاج إلى رضا (قبول) في مقابلة الايجاب.
- ²² الجنين يرث لاعتباره حيًا واشترط عمر الفاروق رضي الله عنه لتوريثه أن يستهل حيًا بعد وفاة مورثه، ينظر: المحلي لابن حزم 908/6 رقم المسألة 1746. والشوكاني في نيل الأوطار 1859 58/6، ومحمصاني، تراث الخلفاء الراشدين ص 400. وتجوز الوصية للصغير والكبير والجنين أيضا، كما تجوز للمسلم وللذمي، وقضى الامام علي بعدم جوازها للحربي ولا للقاتل ولا للوارث ولا لميت.
- ينظر: د. صبحي محمصاني تراث الخلفاء الراشدين ص 521 و522 والمغني والشرح الكبير لابن قدامة 435/6 و433 والمحلي لابن حزم 9/ مسألة رقم 1755.
- والعز ابن عبد السلام في قواعد الأحكام 274/2 حيث قال: (تصح الوصية بالموجود والمعدوم للموجودين والمعدومين) وكذا الوقف المرجع نفسه 273/2 و295.
- ²³ هذا وأوجب الحنابلة على الجنين نفقة الأقارب ان كان له مال. بن رجب القواعد ص 181 انظر المدخل 192/3. ولا تعارض لأن ذلك أولا الخطاب موجه فيه للولي أو الوصي المتصف بالأمان. فهو واجب على الولي الإنفاق من مال الجنين، ولم يجب شيء على الجنين بدليل أنه لا يطالب به أن فات حتى على رأي من قال به، ثانيا أنه من الواجبات العامة.
- ²⁴ سورة الأنعام الآية 164.

- ²⁵ البزدوي كشف الأسرار 1351/4 ابن أمير الحاج في التقرير والتحبير 165/2.
- ²⁶ د. محمد سهام مذكور. الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الاسلامي. ط 1 1969 ص 275.
- ²⁷ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل 199/3 وما بعدها.
- ²⁸ وهذا مخالف لما تم بيانه في الفقه الإسلامي.
- ²⁹ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ط 1، 1990 الجزائر، ص 135. ود. وهبة الزحيلي أصول الفقه الاسلامي ط. 1992 الجزائر. 162/1.
- ³⁰ من الآية 26. سورة الفتح.
- ³¹ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط 1387-1968م، دمشق 736/2.
- ³² المعجم العربي الأساسي - لاروس - ص 117.
- ³³ د. إسحق إبراهيم منصور. نظريتنا القانون والحق، ط 1992، الجزائر ص 227.
- ³⁴ د. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، ط 1985 الجزائر ص 107.
- ³⁵ د. إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق، ط 1، ص 227.
- ³⁶ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط 1387-1968م، دمشق 735/2.
- ³⁷ المرجع السابق. الزرقا المدخل. 736/2.
- ³⁸ انظر: وهبة الزحيلي في أصول الفقه الإسلامي 163/1. وعبد الوهاب خلاف في علم أصول الفقه، ط 1، 1990م. ص 135. وزكريا البري في أصول الفقه ط 1406 هـ - 1986م ص 293.
- ³⁹ التوضيح والتلويح 152/3.
- ⁴⁰ شرح المنار. ص 936 ود. أنور سلطان النظرية العامة للالتزام ط 1962 ص 83 والبزدوي في كشف الأسرار 1351/4. وابن أمير الحاج في التقرير والتحبير 165/2. والجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي، ط 1، 1969 القاهرة ص 275. وهبة الزحيلي في أصول الفقه الاسلامي 165/1 وما بعدها. وعبد الوهاب خلاف في علم أصول الفقه ص 136 و137. وزكريا البري في أصول الفقه الاسلامي، ط 1986 م ص 294 وما بعدها.
- ⁴¹ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، 740/2.
- ⁴² الشيخ أبو زهرة أصول الفقه ص 308.
- ⁴³ لبني مختار، وجود الارادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن ط 1984 الجزائر ص 69 وأبو زهرة أصول الفقه ص 308 وهبة الزحيلي من أصول الفقه 163/1.
- ⁴⁴ التقرير والتحبير 166/2 وما بعدها. مرآة الأصول 425/2 وما بعدها. فواتح الرحموت 156/1 وما بعدها. وأصول الفقه الاسلامي لهبة الزحيلي 165/1.
- ⁴⁵ يراجع في هذا المجال أبواب المحكوم عليه من كتب الأصول مثل: مرآة الوصول، الجزء الثاني. باب المحكوم عليه. (425/2) وما بعدها كشف الأسرار على أصول البزدوي ح 1357/4) ورسالة الأهلية وعوارضها لأحمد إبراهيم ... وفواتح الرحموت ... 157/1. وانظر أبو زهرة. أصول الفقه 309 و310. وهبة الزحيلي من أصول الفقه ح 1 ص 165-

166. ود. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ص 108 و109. ود. اسحق ابراهيم منصور. نظريتنا القانون والحق. ص 227-228.
- ⁴⁶ أبو زهرة، أصول الفقه، ص 311.
- ⁴⁷ د. إسحق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق، ص 228.
- ⁴⁸ د. محمد حسين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، ص 109.
- ⁴⁹ وهبة الزحيلي، أصول الفقه، 1/164.
- ⁵⁰ الماوردي - تسهيل النظر وتعجيل الظفر في اختلاف الملك وسياسة الملك، تحقيق محيي هلال السرحان، ط 1981، بيروت، ص 25.
- ⁵¹ الموسوعة الفقهية. ووزارة الأوقاف الكويت. ط 1، 1981 الكويت، ص 21/27 و 158/7-159.
159. وانظر كشف الأسرار للبيزدوي 1357/4-1358. د. مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام 742/2 وما بعدها. وعبد الوهاب؟؟؟ في علم أصول الفقه 1/166.
- ⁵² والمراد بالتمييز أن يصير للصغير وعي وإدراك يفهم بهما الخطاب إجمالاً - ينظر: الموسوعة الفقهية 20/27 وينظر كشف الأسرار للبيزدوي 1358/4 ولسان العرب والمعجم الوسيط.
- ⁵³ وهناك خلاف في صحة إيمانه وكفره في هذه المرحلة خلاصته: صحة إيمانه لأنه أنفع له. ويعزر على كفره !!
- ⁵⁴ والمراد بالنفع والضرر هنا، الزيادة والنقصان في ماله، فمثلاً الهبة والصدقة يعتبران ضرراً لما يلحقانه من نقص في مال الطفل. مع أنهما يعتبران نافعين للبالغ الراشد لما فيهما من الأجر.
- ⁵⁵ سورة التحريم الآية 06.
- ⁵⁶ ابن قيم الجوزية، تحفة المودود ص 158، الألوسي في روح المعاني مجلد 10 جزء 28 ص 156-157.
- ⁵⁷ رواه البخاري في صحيحه في الفتن باب الفتنة التي تموج كموج البحر، ينظر الفتح 45/13 و46 ومسلم رقم 1829، في الإمارة فضل الإمام العادل. والترمذي رقم 2263 و1705، والنسائي 227/8. وأبو داود رقم 2928 والإمام أحمد في المسند 38/5 و34-47 و51.
- ⁵⁸ مجلة البحوث الفقهية المعاصرة السنة 5 العدد 18 ص 229 و230 وينظر فتح الباري 440/10، والاحياء للغزالي 200/2، وأحكام النساء لابن الجوزي ص 170.
- ⁵⁹ الحديث رواه البخاري من حديث أبو هريرة رضي الله عنه. ينظر تخريج العراقي لأحاديث الإحياء، إحياء علوم الدين 218/2 هامش رقم (1).
- ⁶⁰ قال العراقي: لم أجده هكذا، ثم ذكر رواية عند أحمد بالمسند من حديث عائشة رضي الله عنها، بإسناد صحيح تربية من الأولى وفي آخرها، لو كان أسامة جارية لحليتها ولكسوتها حتى أنفقها. الإحياء 218/2 هامش (2).
- ⁶¹ المنهج الإسلامي في رعاية الطفولة، اليونسيف، 1405هـ-1985م ص 16 ولمزيد في التفصيل بنظر الأدب المفرد للبخاري... والإحياء، وتخريج العراقي لأحاديث 218/2 وما بعدها.
- ⁶² الإمام الغزالي إحياء علوم الدين 217/2 والحديث رواه الطبراني من حديث بن عمر، وقال الدار قطني في العلل: الأصح وقفه على ابن عمر، ينظر هامش 5 الإحياء 217/2.

- ⁶³ الغزالي المرجع السابق.
- ⁶⁴ ابن حجر في الفتح 440/10.
- ⁶⁵ الدكتور/ نزيه كمال حماد، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة السنة 6 العدد 21 ص 18. وانظر كذلك ابن قيم الجوزية في التحفة ص 147.
- ⁶⁶ ابن قيم الجوزية في تحفة المودود في أحكام المولود ص 139.
- ⁶⁷ سورة العنكبوت الآية 08.
- ⁶⁸ سورة التحريم الآية 06.
- ⁶⁹ بن القيم في التحفة ص 139 و161.
- ⁷⁰ المصدر نفسه ص 137.
- ⁷¹ شرح صحيح مسلم 44/8.
- ⁷² مسلم بشرح النووي 43/8.
- ⁷³ مسلم برقم 1829. وانظر ابن حجر في الفتح 178/5 والمجموع للنووي 11/3.
- ⁷⁴ الحديث أخرجه الترمذي من حديث عمرو بن سعيد بن العاص مرفوعا. انظر: الشيخ الألباني في ضعيف الجامع الصغير رقم 5231 وابن الربيع في تمييز الطيب من الخبيث. تحقيق محمد عثمان الخشت ص 236 حديث رقم 1223. وابن الأثير في جامع الأصول 416/1. حديث رقم 218. وقال: في سننه مجهول ضعيف، وصححه الحاكم ورده الذهبي بقوله: بل مرسل ضعيف أما الترمذي فقال غريب مرسل، لأن عمر وبن سعيد تابعي لم يدرك النبي صلى الله عليه وسلم. رقم الحديث للترمذي 1953. قلت: إلا أن معناه صالح للاحتجاج، وإن لم يصح لفظه، بإضافة مجموع الأدلة السابقة والمعاني التي ذكرت قبل هذا الأثر.
- ⁷⁵ قواعد الأحكام في مصالح الأنام 102/1.
- ⁷⁶ ينظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 299/3، وحاشية بن عابدين 174/6 وبدائع الصنائع 3028/6 و3034. وكشاف القناع 447/3. والمادة 87 من قانون الأسرة الجزائري تنص على ما يلي: يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محلها قانونا. قلت وإذا سلمت هذه المادة في اعتبار الأم وليه على الأبناء في أنفسهم فإنها لا تسلم على هذا الاطلاق في الولاية على أموالهم. إلا أن المادة 92 أجازت للأب أو الجد تعيين وصي، وإذا تعدد الأوصياء اختار القاضي الأصلح منهم (وذكرت المادة 93 شروط الوصي ومنها أن يكون أمينا حسن التصرف) إلا أن المادة 81 أطلقت عندما نصت على أن ما كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون.
- المواد 82، 83، 84، 85 و86 والقانون المدني: مادة 42 لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز من لم يبلغ السادسة عشرة سنة. وفي المادة 44 يخضع فاقد الأهلية وناقصها بحسب الأصول لأحكام الولاية أو الوصاية.
- ⁷⁷ نهاية المحتاج 362/4، والمهذب 432/1.
- ⁷⁸ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 299/3. المغني والشرح الكبير 242/5.

- ⁷⁹ بداية المجتهد 12/2.
- ⁸⁰ بداية المجتهد 12/2.
- ⁸¹ د. أمين عبد المعبود زغلول. رعاية الطفولة في الشريعة الإسلامية 319 (نقلا عن بن عابدين في حاشيته).
- ⁸² حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 299/3، المغني والشرح الكبير 242/5.
- ⁸³ انظر المغني والشرح الكبير 242/5، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 299/3 وحاشية بن عابدين 174/6 و175. وكشاف القناع 447/3-451.
- نصت المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري على أنه على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحر، ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام، ونصت من جهة أخرى على أن هناك أحوالا يجب فيها على الولي أخذ الإذن من القاضي وهي: 1) بيع العقار وقسمته ورهنه واجراء المصالحة. 2) بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة. 3) استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض أو المساهمة في شركة. 4) إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.
- وفي المادة الموالية (89) من نفس القانون: على القاضي أن يراعي في الإذن: حالة الضرورة والمصلحة وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني، وفي المادة (90) إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة.
- ⁸⁴ ينظر تفصيل ذلك عند الفقهاء في مثل: بدائع الصنائع 3031/6، ونهاية المحتاج 264/4 والمدونة الكبرى 327/4، وحاشية بن عابدين 495/6 والمغني والشرح الكبير 397/4.
- ⁸⁵ سورة الأنعام الآية 153 والإسراء الآية 34، واليتم هو فقدان الأب وفي البهائم فقدان الأم، وجاء في القاموس: اليتيم هو الصبي أو الولد الذي فقد أباه قبل البلوغ. القاموس المحيط مادة [يتيم] والمعجم الوسيط نفس المادة.
- ⁸⁶ سورة البقرة الآية 188، والنساء 2، 10، 127.
- ⁸⁷ جامع البيان للطبري، 260/4، والقرطبي في الجامع لأحكام القرآن 41/5-44، وابن العربي في أحكام القرآن 324/1-326.

التعريف بالنظريات الفقهية وأهمية دراستها

بقلم

د / قبلي بن هني*



الملخص

من الجدير بالاهتمام في الصياغات المعاصرة للفقهاء الإسلامي، انتظامه في نظريات مقننة تراعي فيها اجتماع الفروع التي تشترك في أبواب النظرية، تسهيلات لمعرفة تلك الأحكام للعامة والخاصة، وهو ما يتناسب مع الدوائر النظامية التي يقرب إليها الفقه بهذا النحو. حتى تمثل الشريعة المنزلة، ويرد بها على المغرضين الذين يشككون في مصداقية الفقه الإسلامي. فالتنظير للحضارات وتراكيبيها المختلفة تستلزم على علماء العصر سلوك نمط يثبت صورة الإسلام وتشريعاته السامية، وبهذا نكون قد قدمنا خدمة جلييلة لديننا الحنيف.

مقدمة

وفيها أهمية الموضوع وأهدافه:-

الحمد لله حمدا كبيرا وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما كثيرا أما بعد:

فإن درس الفقه ليس هو تتبع الفروع وتكثير صور المسائل فحسب، بل ولا حفظ المختصرات وتحصيل شروحاتها، فالعاكف على ذلك لا يخرج من رتبة التقليد، وهذه الطريقة لا تزيد الفقه إلا جمودا وبعدا عن قصد الشارع من التفقه. وتقتضي منا مجاراة التقدم العلمي ومواكبة الأحداث تأصيل الفقه والوقوف

* أستاذ محاضر - كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية - جامعة الأغواط - الجزائر.

على دقيق العلم فيه، والبحث في مسالك الاستنباط من الوحيين وكليتهما العامة، مع النظر في سبل تيسير الانتفاع بالفقه كمصدر تشريعي، وتقريبه للمكلفين في شتى ميادينهم ومؤسسات نشاطاتهم.

ولقد توالى جهود النظار المتقدمين في التصنيف رجاء تسهيل تناول الفقه، فتعددت لذلك وجوه صياغة

الفقه¹، ثم سعى المتأخرون في تجديدها وتطوير مباحثها²، على غرار التنظير والتقنين الفقهي وجعله نظاما يحتذى به في استصلاح الجامعة الإسلامية والتركيبة الإنسانية.

فصرفت همم تلك الجهود إلى جمع فروع الفقه وجزئيات الأحكام في قوالب الأصول والكليات وتطبيقها على الأشباه المتجددة صورها المتفرعة في معانيها يعطي للفقه حيويته. وبه يصدق من حد الفقه بأنه "افتتاح علم الحوادث على الإنسان أو افتتاح شعب أحكام الحوادث على الإنسان"³. فانتظم كل ذلك تحت مسمى (النظريات الفقهية).

ولقد اتسعت تواليف المعاصرين في كتابة الفقه بصياغة النظريات، بناء على جمع كليات الشريعة وقواعدها، بغية التعريف بالتشريع الإسلامي وإثبات صلاحيته في الحراك الحضاري.

إشكالية البحث:

وعلى غرار ما بين أيدينا من المسائل نأمر وجهة التساؤل -الموضحة للمقصود- عن ماهية النظريات المراد بيان ماهيتها في عرف الصياغة الفقهية الحديثة؟ وما مدى أهميتها لدارس الفقه؟

المنهج المتبع:

نلتزم بالمنهج الوصفي البياني الذي يهدف إلى تلخيص مادة المواهي في مبدأ التصورات وتحليل ما ينبغي تناوله مفصلاً.

خطة البحث:

سلكت في جمع مادة هذا الموضوع ورتبتها وفق الخطة التالية:

- تعريف النظرية - لغة واصطلاحاً -.
- تعريف الفقه - لغة واصطلاحاً -.
- تعريف النظريات الفقهية باعتباره مركبا وصفيا.
- نشأة التأليف والبحث في النظريات الفقهية.
- الفرق بين النظرية الفقهية والقاعدة الفقهية.
- أنواع النظريات الفقهية.
- أهمية دراسة النظريات الفقهية.

والآن ندلف في شرح المقصود:

1- تعريف النظرية - لغة واصطلاحاً -:

*/النظرية في اللغة - والمراد به في الوضع⁴ - : من مادة (نظر)، وتطلق على معان منها⁵:

- الرؤية البصرية.
- المعرفة الحاصلة بتقليب البصيرة. "ومنه المناظرة التي بمعنى المباحثة".
- الانتظار.
- والنظري في الإدراكات هو ما يتوقف حصوله على نظر واكتساب كتصور الأفراد والهيئات. وهذا يقابل الضروري وهو ما تدعن إليه النفس بلا دليل.
- والنظرية: قضية ثبتت ببرهان⁶.

والعلوم النظرية في مناهج البحث هي التي تقابل التطبيقية حيث لا تقوم على البحث التجريبي ووسائله. مع العلم أن هذا المصطلح قد شاع تداوله في الأوساط

العلمية والبحثية للتعبير به عن قانون العلوم وتفسير حقائقها.

*/ النظرية اصطلاحاً:

يقول الدكتور يعقوب الباحسين: "يقصدون بها مجموعة الآراء التي تفسر بها بعض الوقائع"⁷.

وفي تعريف جميل صليبا هي: "قضية تثبت ببرهان وهي عند الفلاسفة تركيب عقلي مؤلف من عدة تصورات متسقة، تهدف إلى ربط النتائج"⁸.

وجاء في المعجم الفلسفي تعريف للنظرية بأنها: "فرض علمي يربط عدة قوانين بعضها ببعض ويردها إلى

مبدأ واحد يمكن أن نستنبط منه حتما أحكام وقواعد"⁹.

ويستخدمها أرباب العلوم المختلفة على المعنى العام الذي تندرج تحته جزئيات البحث حيث تتفرع في الجنس نفسه من تلك المعارف"¹⁰.

2- تعريف الفقه - لغة واصطلاحاً -:

(الفقهية) نسبة إلى الفقه وهو مصدر صناعي¹¹، وهو قيد للاحتراز عن نظريات فن آخر¹².

- والفقه في اللغة الفهم مطلقاً، والمراد الشامل للأمر الظاهرة والخفية الدقيقة يعني: ليس الفقه الذي هو الفهم خاصاً بما دق وغمض وخفي. وهو بمعنى العلم لأن الأصل في مادة (ف ق هـ) "تدل على إدراك الشيء والعلم به"¹³.

وهي مثلثة العين (فَقَّهَ وَفَقَّهَ وَفَقَّهَ): فَفَقَّهَ كَفَهْمٍ وَزَنًا وَمَعْنًا أَي: من حصل له الفهم، وَفَقَّهَ بِمَعْنَى صَارَ الْفَقَّهَ لَهُ سَجِيَّةً وَطَبِيعَةً لِأَنَّ بَابَ فَعَّلَ فِي اللُّغَةِ لِلصِّفَاتِ وَالطَّبَائِعِ اللَّازِمَةِ، وَكِلَاهِمَا ثَابِتٌ فِي الْمَعَاجِمِ. وَفَقَّهَ بِمَعْنَى سَبَقَ غَيْرِهِ فِي الْفَقْهِ. قَالَ ابْنُ فَارِسٍ: "الْفَقْهُ: الْعِلْمُ بِالشَّيْءِ"، تَقُولُ: فَفَقَّهْتَ الْحَدِيثَ، أَفَقَّهَهُ. كُلُّ عِلْمٍ بِشَيْءٍ فَقْهُ، ثُمَّ اخْتَصَّ بِهِ عِلْمُ الشَّرِيعَةِ، فَقِيلَ لِكُلِّ عَالِمٍ بِهَا: فَقِيهٌ. وَافْقَهْتِكَ الشَّيْءَ، إِذَا بَيَّنَّتَهُ لَكَ"¹⁴.

وقد خص أبو إسحاق الشيرازي ورجحه ابن القيم الفقه بالأمر الغامضة الدقيقة، والصواب خلافه فقد جاء في القرآن في مواضع وأطلق الفقه فيها وأريد به الفهم مطلقاً، مثل قوله تعالى: ﴿وَاحْلُلْ عُقْدَةً مِنْ لِسَانِي * يَفْقَهُوا قَوْلِي﴾ [طه: 27-28] وقوله تعالى: ﴿قَالُوا يَا شُعَيْبُ مَا نَفَقَهُ كَثِيراً مِمَّا تَقُولُ﴾ [هود: 91] وقولهما من أبين الأمور الواضحات وهو بيان التوحيد. وقول تعالى: ﴿فَمَالِ هَؤُلَاءِ الْقَوْمِ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثًا﴾ [النساء: 78].

- والفقه اصطلاحاً¹⁵:

1- عند الفقهاء العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من -أو المستند إلى- أدلتها التفصيلية¹⁶.

وعرفه صديق خان بقوله: "الفقه عبارة عن التصديق بالقضايا الشرعية المتعلقة بكيفية العمل تصديقاً حاصلًا من الأدلة التفصيلية التي نصبت في الشرع على تلك القضايا"¹⁷.

ويقول العلامة عبد الله بن الحاج إبراهيم العلوي:

والفقه هو العلم بالأحكام¹⁸ للشرع والفعل نماها النامي

أدلة التفصيل منها مكتسب⁽¹⁹⁾

وليك تفصيل التعريف:

* العلم جنس وما بعده قيود، والمراد بالعلم مطلق الإدراك²⁰ الشامل للتصور والتصديق²¹.

العلم إدراك المعاني مطلقاً وحصره في طرفين حقاً

* الأحكام -جمع حكم وهو إسناد أمر إلى آخر إيجاباً أو سلباً- وهو قيد أول لإخراج ما ليس بأحكام كأحكام الذوات والصفات والأفعال.

* الشرعية قيد ثان في التعريف لإخراج العقلية، والتجريبية، والحسية، والاصطلاحية.

*/ العملية قيد ثالث في التعريف لإخراج الأحكام الاعتقادية. ولكنها من الفقه في الوضع.

*/ المكتسب قيد أخرج المعلوم من الدين بالضرورة، وأخرج علم الله وأخرج علم النبي صلى الله عليه وسلم وأخرج علم الملائكة. وهو قيد لاغ لما فيه من التعارض مع أصل معنى العلم.

*/ من أدلتها هذا قيد رابع، لإخراج ما عُلم من غير دليل، كالمقلد .

*/ التفصيلية قيد خامس لإخراج الأدلة الإجمالية الكلية وهو ما يُسمى بأصول الفقه²².

2- عند علماء التزكية وأرباب السلوك يراد به: "علم طريق الآخرة ومعرفة دقائق آفات النفوس، ومفسدات الأعمال، وقوة الإحاطة بحقارة الدنيا، وشدة التطلع إلى نعيم الآخرة، واستيلاء الخوف على القلب"²³. قال ابن عابدين في حاشيته رد المحتار على الدر المختار: "المراد بالفقهاء العالمون بأحكام الله تعالى اعتقادا وعملا، لأن تسمية علم الفروع فقها حادثة"²⁴.

3- ويراد بالفقه العلم بالشريعة جملة وتفصيلا، وإدراك جميع أحكامها أصولا وفروعا وهو بهذا الإطلاق بمعنى الدين.

تعريف النظريات الفقهية باعتباره مركبا²⁵ وصفيا:

سبق بيان المراد من مصطلح النظرية فهل يتسق مع مادة الفقه؟ مع العلم "أن كلمة (نظرية) بالمعنى المراد لها عند من يطلقونها هي كلمة مستحدثة منقولة عن مصطلحات القانونيين الوضعيين الغربيين، ولم تطلق عند العلماء المسلمين على هذا المعنى الحادث".

ثم قد يفهم من ظاهر التركيب صدور أحكام الفقه من تفسيرات وضعية بحتة²⁶.

"فهل كلمة نظرية بهذه المعاني أو ببعضها تؤدي المعنى الذي تؤديه كلمة: القاعدة أو الأصل؟ وهل لنا أن نطلق على ما ثبت بطريق الشرع وبالأدلة الشرعية

كلمة (نظرية) التي وضعها من وضعها للدلالة على ما توصلت إليه عقولهم وأفكارهم من مبادئ وقواعد؟".

وهذا التساؤل محل إشكال، وقد أجاب عنه الدكتور محمد صدقي قائلاً:

"إن علماءنا السابقين رحمهم الله تعالى عندما قعدوا هذه القواعد وأصلوا هذه الأصول أرادوا بها أن تكون أسساً وأصولاً وقواعد تبنى عليها أحكام ثابتة لمسائل واضحة، ولذلك أعطوها اسماً هو الأصول وآخر هو القواعد دلالة على رسوخها في معانيها ودلالاتها كرسوخ أسس البناء وثباتها واعتماد ما يبنى عليها"²⁷.

ثم بين إن إطلاق وإضافة النظرية للملكية والعرف والالتزام وغيرها حادث في استعمال المشرعين، يمكن تفاديه واستعمال اصطلاح أئمة الفقه المتقدمين.

ف "لا يفهم من ذلك أن النزاع في ذات المصطلح لأن لكل أحد أن يضع مصطلحا خاصا به للدلالة على أمر مخصوص عنده، ولكن النزاع في أمرين:

الأول منهما: أن هذه المصطلحات وإن أريد منها أن تدل على ما أرادوه هي مصطلحات مستوردة ليست نابعة من صلب فقهننا وشرعنا الذي يجب كما أعتقد أن يكون خالصا من كل شائبة تقليد لغيرنا.

والأمر الثاني: هو دلالة هذه المصطلحات على موضوعاتها، فهل تدل كلمة نظرية على حقيقة المصطلح الفقهي التي وضعت عنوانا له، عدا عن أن تكون أدل على المقصد الفقهي، من الكلمة النابعة من صلب الفقه الإسلامي وأصوله؟ والله أعلم"²⁸.

هذا في حين يرى الدكتور عمر سليمان الأشقر أن "هذه التسمية (النظريات الفقهية) تحتاج إلى إعادة نظر، فالنظرية وليدة الفكر الإنساني، والأحكام الشرعية كثير منها منصوص عليه، وليس نتاجا للفكر الإنساني. لذلك كان الفقهاء أدق عندما سموها أحكاما، وكل مجموعة متجانسة من الأحكام عقدوا لها بابا"²⁹.

فليس من الممكن أن يطلق على حكم الوحي ويصطلح عليه بما يعني نتاج الفكر البشري لتباعد المصدرين، فشتان بين معصوم ومنزوع العصمة.

لكنه بغض النظر عما قيل فإن المصطلحات العلمية تحاكم معانيها إلى مراد واضعها، وتوضيح النظائر لها بوضع التعاريف دليل على أنه تخدم الفقه من وجهة تشكل ضرورة عصرية. فاقترضى الحال قبول الصياغة في اختيار جمهور المعاصرين، وأنهم لا يمانعون على هذا الاصطلاح لما فيه من الاجتهاد الذي يعطي للفقه حيوية في البحث والتأصيل العلمي³⁰ في موازين التجديد والابداع الذي ينشده سديد المعقول في حراسة صحيح المنقول³¹، وكونها من فن أجنبي لا يضر، مع أنها لا تنفك أن تكون مرادفة للقواعد الفقهية في رأي البعض، لما بينما من التوافق لا يعدو الفرق في الصياغة فقط.

وبالتعريف يتضح المقصود، ومن جملة تلك التعاريف نسوق الآتي:

1- قال الشيخ مصطفى بن أحمد الزرقا: "نريد من النظريات الفقهية تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى التي يؤلف كل منها على حدة نظاما حقوقيا موضوعيا، وذلك كفكرة الملكية وأسبابها، وفكرة العقد ونتائجه.."³².

2- قال الدكتور جمال الدين عطية: هي عبارة عن "تصور يقوم بالذهن، سواء استنبط بالتسلسل الفكري المنطقي، أو استمد من استقراء الأحكام الفرعية الجزئية"³³.

3- قال الأستاذ علي الندوي: "موضوعات فقهية أو موضوع يشتمل على مسائل فقهية أو قضايا فقهية حقيقته أركان وشروط وأحكام، تقوم بين كل منها صلة فقهية، تجمعها وحدة موضوعية تحكم هذه هي العناصر جميعا"³⁴.

4- قال الدكتور محمد فوزي فيض الله: "مفهوم حقوقي عام، يؤلف نظاما موضوعيا، تندرج تحته جزئيات في فروع القانون المختلفة"³⁵.

5- قال الدكتور وهبة الزحيلي بأنها: "المفهوم العام الذي يؤلف نظاما حقوقيا موضوعيا تنطوي تحته جزئيات موزعة في أبواب الفقه المختلفة، كنظرية الحق، ونظرية الملكية ونظرية العقد، ونظرية الأهلية، ونظرية الضمان، ونظرية الضرورة الشرعية.."³⁶.

6- قال الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان: "موضوع فقهي يشمل مساحة كبيرة

التعريف بالنظريات الفقهية وأهميتها دراستها _____ د. قبلي بن هني

من الأبواب والموضوعات المستقلة التي يمثل كل واحد منها وحدة حقوقية واسعة، بمسائلها وفروعها، يصل ما بين هذه الموضوعات علاقة فقهية³⁷.

وغيرها من التعريفات³⁸ التي يلاحظ عليها أن الجامع بينها أن ماهية النظريات هي: "مفاهيم كبرى لنظام ملزم يتقيد بالأصول المشتركة في وحدتها الموضوعية".
بمعنى الدراسة الموضوعية الشاملة القائمة على الربط والاستنتاج لا مجرد الترتيب، مع الجزم بأنه ليس كل دراسة موضوعية ترقى لتحصل مباحثها نظرية.

وأما قيد "نظام ملزم": فيقابل به المعنى من النظرية الذي ضده التطبيق، ففروع الوحدة مبثوثة في مدونات الفقه على اختلاف تصانيفها تعطي للناظر ما يُقيد له به "هيكل تأليفي من مجموعة من الأحكام يتعلق بمختلف أبواب الفقه، ويتكفل الافصاح عن الأهداف الكلية للشريعة وروح النص الفقهي ذي الصلة بتلك المجموعة من الأحكام، ويمكن التمثيل له بالنظام الاقتصادي أو النظم الجزائي"³⁹.

ويلاحظ من هذه التعاريف الإشارة بوضوح للجانب الحقوقي، مما يدل على مصدريتها وأنه اصطلاح وافد، لكن يمكن استثماره لخدمة الفقه الإسلامي. فتؤول النظرية بمباحثها مع كونها كامنة في الفقه، إذ تستخرج منه باستقراء المعاني الكلية المبثوثة في الفروع الجزئية.

وقد دلت على تلك التصورات خصائص النظرية في ذاتها وهي ما يفسر فحوى ما تقوم عليه النظرية، وذلك مثل: الاستيفاء وشمولية الجمع المعول فيه على الاستقراء، وكذا الانتظام ودقة الترتيب المحصلين من توافق عناصر النظرية، ومنها فرز الاستثناءات الناتجة عن توضيح الاستنتاج، ومن أهم تلك الخصائص التي انفردت بها النظرية المقارنة والموازنة الناتجة عن تحرير المصطلحات والفروق بينها.

ومما ينبغي ذكره في هذا السياق أن مصطلح نظرية المقاصد كما أطلقه الدكتور الريسوني في كتابه "نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي"، وبين أن هذا الدرس مبني على اندراج النظريات الفقهية والقواعد الفقهية معا، فضلا عن

الأحكام الجزئية. حيث تقوم أساسين هما:

1- التسلسل الفكري المنطقي النابع من النظر العقلي ومن الأسس العقدية للإسلام.

2- النتائج الاستقرائية.

وقال موضحاً: "نظرية المقاصد يتجهها النظر العقلي المنطقي القويم، الذي يرى أن شريعة الله، لا يمكن إلا أن تكون شريعة حكمة ورحمة، وشريعة عدل وإنصاف وشريعة تدبير موزون وتقدير مضبوط، لأن هذه سنة الله المطردة في كل مخلوقاته، ولأن هذا هو مقتضى كماله سبحانه.

ونظرية المقاصد يسندها ويوقف عليها استقراء تفاصيل الشريعة، فإن من تصفح أحكام الشريعة ونصوصها في مختلف مناحيها ومجالاتها أدرك الكثير من حكمها وعللها ومراميها. ومن نظر في آثارها ونتائجها رأى ما وراءها من مصالح تجلبها ومفاسد تدفعها. ومن تأمل في هذه وتلك، خرج بتصور شامل متكامل عن مقاصد الشريعة ومراميها. وتلك هي: نظرية المقاصد.. لتصبح نظرية تحكم تفاصيل الشريعة وتحكم كل فهم لها، وتوجه كل اجتهاد في إطارها"⁴⁰.

نشأة التأليف والبحث في النظريات الفقهية⁴¹:

لم يفت الأئمة رحمهم الله تعالى من قديم جمع المسائل وأشباهها وترتيب مباحثها وسياقها في مصنف جامع، يعطي التصور العام لضروريات أجزاء المسائل الفقهية المبحوثة والمستنتجة⁴². لكن لا يوجد في تراث الفقه الإسلامي إلى عهد قريب صياغته في صورة نظريات⁴³، إلا في العهد المتأخر الذي شاع فيه التدوين القانوني لتنظيم حياة الناس ومعاملاتهم في تسيير مَدَنِيَّتِهِمْ وتيسير حيوية مرجعيات تحاكمهم. فالأمر مستحدث في الدرس الفقهي وهو محل بحث نذكره في العنصر الآتي.

يقول الدكتور وهبة الزحيلي: "ومن المعروف أن فقهاءنا لم يقرروا أحكام المسائل الفقهية على أساس النظريات العامة وبيان المسائل المتفرعة عنها، على وفق المنهاج القانوني الحديث، وإنما كانوا يتبعون أحكام المسائل والجزئيات

التعريف بالنظريات الفقهية وأهميتها دراستها _____ د. قبلي بن هني

والفروع، مع ملاحظة ما تقتضيه النظرية أو المبدأ العام الذي يهيمن على تلك الفروع. ولكن بملاحظة أحكام الفروع يمكن إدراك النظرية وأصولها⁴⁴.

فلم تكن في العهد الأول الحاجة ملحة في نحو هذا النوع من التواليف، لكن في زمن اختلطت فيه الحضارات واحتيج إلى التجديد في صور الاجتهاد التأليفي، في ضوء العوائق المترامية التي أنتجتها ظاهرة الاستدمار والحملات الصليبية والتغريبية، صار الوضع حرجا للبناء الفقهي وصياغته كنظام يدال به المكلفون. فصارت هذه الصياغة بمنهج عصري يواكب أسلوب التقنين فالحقيقة في بحث الفقهاء في باب البيوع وقضايا الأموال والعقود "لا توجد فيه نظرية عامة للعقد بل هو يستعرض العقود المسماة عقدا عقدا، وعلى الباحث أن يستخلص النظرية العامة للعقد من بين الأحكام المختلفة لهذه العقود المسماة، فيقف عند الأحكام المشتركة التي تسري على الكثرة الغالبة في هذه العقود"⁴⁵.

ومن ثم شاع إطلاق هذا المصطلح في مدونات المعاصرين التنظيرية والتطبيقية⁴⁶. وذيوعه في المشرعين دليل قيام مقتضى البواعث على هذا النحو من صياغة الفقه، فصار برهانا على صلاحية الفقه الإسلامي، وأن حيويته متجددة استجلبت أنواعا من المقارنات عند أرباب القانون في صعيد الجامعات والمؤتمرات التي تلاقحت فيها الفهوم⁴⁷ وتواصلت فيها الكفاءات، وتصويب كثير من التصورات عن الإسلام بدراسة موضوعية ووعي حضاري، أعطت اعترافا له وبجدارة، فاقتربت الأحكام التشريعية أكثر في تقويم أنظمة المؤسسات⁴⁸.

الفرق بين النظرية الفقهية والقاعدة الفقهية:

لا شك أن بينها تداخلا اصطلاحيا بحيث أن كل من النظرية والقاعدة⁴⁹ في الفقه تشتمل على حكم عملي في جملة من الفروع المختلفة. ولذلك لم يفرق بينهما بعض المعاصرين منهم: مصطفى شلبي في المدخل للفقه الإسلامي وأحمد فهمي أبو سنة والشيخ أبو زهرة في كتابه "أصول الفقه" وأحمد أبو طاهر الخطابي في مقدمة تحقيقه لكتاب "إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك" للونشريسي⁵⁰.

لكن لكل منهما خصوصيتها، وحتى يتجلى الأمر أكثر نذكر بعض الفروق بين

النظرية الفقهية والقاعدة الفقهية⁵¹:

1- القاعدة الفقهية تتضمن حكماً فقهاً في ذاتها، نحو قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك" فإنها تضمنت حكماً فقهاً يسري في كل مسألة دارت بين يقين وشك. بخلاف النظرية فإنها لا تتضمن حكماً فقهاً في ذاتها، بل تنظم كليات مسألة بعينها نحو نظرية الملكية.

2- أن النظريات أوسع من القواعد الفقهية باعتبار ما يندرج تحتها من الأصول والضوابط، وتتضمن المقومات الأساسية للموضوع من أركانه وشروطه ونحوها،⁵² وليس هذا من خصوصية القاعدة الفقهية. مثلاً قاعدة: "العبرة في العقود بالمعاني" ضابط في نظرية العقد.

3- القاعدة أعم من النظرية من حيث عدم التقيد بموضوع، فحكمها مبثوث في أبواب الفقه، والنظرية تقيد بباب معين⁵³، فموضوع العقد لا يتعلق بالعبادات والسلوك ونحوها.

4- النظرية الفقهية تصاغ في بحث لاحتواء أطراف المسألة، بخلاف القاعدة الفقهية فإنها تتميز بإيجاز العبارة وإحكام صياغتها وسهولة تركيبها، مع سعة استيعابه للفروع الجزئية، إلا أنها في حكم الأغلبية وذلك لوجود المستثنيات، ولذلك فهي غير مطردة.

والحاصل من تلك الفروق أن "النظرية بناء عام لقضايا ذات مفهوم واسع مشترك. أما القاعدة فهي ضابط أو معيار كلي في ناحية مخصوصة من نواحي النظرية العامة"⁵⁴.

فتجلي النظرية في محددتين تفارق فيهما القاعدة من كل وجه هما:

1- أنها قائمة على أساس الدراسة الموضوعية الشاملة التي تمثل التلخيص العام للأسس والكليات ومجمل أحكام وجزئيات الموضوع.

2- أنها تحتكم في استقراء مباحثها إلى الاستنتاج وكشف طبيعة الموضوع والنظر في آثاره التطبيقية، وبناء عليه فالبحث في كل صياغات

الفقه أمر حتمي للمنظر.

- وجدير بالملاحظة ما ذكره الدكتور الباحثين أن من النظريات الفقهية
كنظرية العرف مثلا، هي اصطلاح حادث أو هو قانوني، لأن بحث العرف ضابط
تضمن حكما فقهيا⁵⁵، فهو من هذه الجهة قاعدة فقهية وقد عبروا عنها بقولهم:
"العادة محكمة"⁵⁶.

والعرف من جهة كونه دليلا كليا من الأدلة الإجمالية التي هي بحث
الأصوليين فيكون من مصادر الفقه. وبالتالي لا يصلح أن يكون نظرية مستقلة
بذاتها.

أنواع النظريات الفقهية⁵⁷:

1- تنقسم النظريات باعتبار درسها الموضوعي إلى:

أ- نظريات تأصيلية مستقاة من علم أصول الفقه نحو: نظرية العرف والإباحة
والمصلحة والمجاريات والمآلات، ومنها نظريات مقاصدية ونظريات لغوية نحو
السياق.

ب: نظريات فقهية: تشتغل على جمع الفروع وترتيبها نحو: نظرية الحق
والدعوى والملكية..

2- وتنقسم باعتبار المنشأ إلى:

أ: نظريات قانونية ثم بحث عن أحكامها في التشريع الإسلامي مثل نظرية
الالتزام والعقد والتعسف والظروف الطارئة وغيرها.

ب: نظريات فقهية صرفة معهودة في مدونات الفقهاء وتناولوها بالبحث
والنظر نحو نظرية الضمان والربا والولاية والغرر.

3- وتنقسم باعتبار العموم والخصوص إلى:

أ: نظريات عامة: وهي التي تتناول موضوعا فقهيا منتشرًا في أبواب مختلفة
من أبواب الفقه أو حتى أصوله، كنظرية الحق ونظرية السياسة.

ب: النظرية الخاصة: تتناول موضوعا خاصا من موضوعات الفقه مثل نظرية الغصب والقسامة وخيار الشرط.

أهمية دراسة النظريات الفقهية:

يرى من يفضل تقنين الفقه وصياغته في مجال النظريات أن لذلك أهمية بالغة حيث:

- أولا: تعطي الطالب ملكة فقهية عاجلة تؤهل فكره، وتعينه على مدارك الفقه⁵⁸.

- ثانيا: تسهل فهم الموضوع الذي قربت تفاريعه، ورتبت مباحثه، وجمعت روابطه أحكاما وقواعد.

- ثالثا: تعين على إدراك كلياته، وعلله المؤثرة في مجال النظرية⁵⁹.

- رابعا: تحصيل المقصود من التفقه إذ تجتمع لدى الباحث دقة المعاني الجامعة في أغوار الفقه واستثمارها في التفصيل ونبد التكرار، وكذلك إدراك أبعاد النوازل والمحدثات. واستخراج وجوه الموازنات⁶⁰ لتستبين محاسن الشريعة وإمكانية نفوذها في العالمين.

وثمة أوجه أخرى تُبرر بها هذه المادة لترتقي في بوتقة الفنون الشرعية، التي يحتكم فيها إلى الضرورة العصرية. وقد يتخلل حال النظر فيها التوجه إلى صرف الهمم لدراسة الكتب المطولة التي تحوي فروعاً كثيرة وزخماً من المعارف، التي يقصر طلابها من استروح في البحث على الأصول، وما مثل به عليها من الفروع. فلا يكتفى والحال هذه على الظنون، وآحاد المسائل الخلافية.

وقد تستدعي ضرورة البحث عن المناحي التي تلزم فقهاء العصر، لتقريب صورة الفقه كمادة للتطبيق الميداني في المعترك الاقتصادي، الذي له تبعية صماء للنظريات الغربية.

الخاتمة

إن اجتماع وجوه المسائل ومفرداتها وتمحيص دلائلها في مؤلف واحد تحت مسمى النظرية يفتح للباحث آفاق البحث والنظر، وخاصة أن المسألة فيها من العطاء الفقهي وفاعليته في مقابل المواد الوضعية. فيكشف للباحث توضيح البنية التحتية للأحكام التشريعية في نظام قانوني محكم يقارع المشاريع الوضعية، ويقدم لذلك التفسير العام للجزئيات وفق نسق مرتب ونظام محكم ومنهج علمي عصري.

مع أننا نوصي من يُعنى بهذه البحوث أن يلتزم بالدرس الفقهي المورث عن السلف، وأن يتقيد بمنهج البحث وأدواته المقننة في البحوث الإسلامية، وأن يتجنب الاعتساف فيما جرته المسائل الخلافية.

تم المقصود والله الحمد والمنة، وصلى الله على نبينا وسلامه وآله وصحبه وإخوانه.

الهوامش:

1 منها: التأليف في الفروع البحتة أو مع أدلتها أو مع مقارنة المذاهب وهو الخلاف أو الخلاف العالي وفي عصرنا سمي بالفقه المقارن. ومنا الأشباه والنظائر ويقال له الجمع، ومنها الوثائق والمحاريات والنوازل والقواعد الأصولية والفقهية ومنها تخريج الفروع على الأصول والفروق والمطارحات والمقاصد ومنها طبقات الفقهاء وتاريخ التشريع ومنها الألغاز والحيل.

2 فمدونات الفقه احتوت على الأصول التي تنبى عليها المسائل وقد جمعت في المتون العلمية نظماً ونثراً، وسلك أهلها من بعدُ مناهج مختلفة كالشرح والحواشي والتصحيح والترتيب الميسر للاستفادة منها، فقد ترى من يذم المطولات ويتعذر بصعوبة الانتفاع منها، ولكن مريد النفع لا بد من اقتحامها والصبر على المشقة لدرك المراد منها، وقد قال دكتور عبد الرزاق السنهوري في كتابه (نظرية العقد) (1/و) في الكلمة الافتتاحية: "هذه هي الشريعة لو وطئت أكنافها وعبدت مسالكها، لكان لنا من هذا التراث الجليل ما ينفخ روح الاستقلال في فقهننا وفي قضائنا وفي تشريعنا، ثم لأشرفنا نطالع العالم بهذا النور الجديد، فنضئ به جانباً من جوانب الثقافة العالمية في القانون".

3 المنشور في القواعد الفقهية للزرركشي (67/1).

- 4 الوضع وضعان: وضعٌ شخصي: - حيث إذا أُطلق انصرف إلى المعنى وحصلت صورته في الذهن. - ووضعٌ نوعي: - مثل ما تصالح عليه أهل الفن وهو ما يتعلق بالقواعد الكلية مثل معنى الفاعل عن النحويين والكلاميين ..
- 5 ينظر: لسان العرب لابن منظور (2/990).
- 6 المعجم الوسيط تأليف جمع اللغة العربية بالقاهرة (2/932). وتماهه: " (في الفلسفة) طائفة من الآراء تفسر بها بعض الوقائع العلمية أو الفنية و (نظرية المعرفة) البحث في المشكلات القائمة على العلاقة بين الشخص والموضوع أو بين العارف والمعروف وفي وسائل المعرفة فطرية أو مكتسبة".
- 7 القواعد الفقهية للباحسين [مكتبة الرشد الرياض - سنة: 1418هـ] (ص 144).
- 8 المعجم الفلسفي جميل صليبا (2/477). وذكر لها تعريفات بحسب اختلاف الاعتبار فمنها: ما يقابل الممارسة العملية أو المجال المعياري أو المعرفة العامة وهو "موضوع تصور منهجي منظم ومتناسق تابع في صورته لبعض المواضع العلمية التي يجهلها عامة الناس".
- وينظر للفائدة: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي للريسوني [الدار العالمية للكتاب الإسلامي سنة: 1412هـ] (ص 15).
- 9 المعجم الفلسفي - تصنيف جماعة من العلماء، طبعة بيروت - (ص 203).
- 10 ينظر تعريف الدكتور الزحيلي في الفقه الإسلامي وأدلته [دار الفكر سنة: 1405هـ] (4/ص 7).
- 11 المصدر الصناعي وهو أن يُزاد على اللفظة ياء مشددة - ياء النسب -، ثم يُؤتي بالتاء للدلالة على الوصفية أو التأنيث. نحو الإسلامية..
- 12 لأن القيود إما أن تكون للاحتراز أو للكشف بمعنى الإيضاح.
- 13 معجم مقاييس اللغة لابن فارس (4/442).
- 14 مجمل اللغة (ص: 703)
- 15 ينبغي التفريق بين المعنى الشرعي والمعنى الاصطلاحي.
- 16 أو هو العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية، لأن المكتسب أخرج ما عُلِمَ من الدين بالضرورة فلا يُسمى فقهاً.
- 17 أبجد العلوم له [دار ابن حزم - سنة: 1423هـ] (ص 458).
- 18 بالأحكام: أل هذه استغرافية والاستغراق عرفي لا حقيقي، لأن المراد بالحقيقي: هو لزوم معرفة الفقيه كل فرد من أفراد الأحكام الشرعية وعليه لكان كبار أئمة الإسلام غير فقهاء لأنهم كلهم فاته أشياء ويقول: لا أدري.
- 19 نشر البنود على مراقي السعود للناظم نفسه (1/19).
- 20 الإدراك هو وصول النفس إلى المعنى بتمامه وان لم يكن تاماً سمي شعوراً.

- 21 الفقه من قبيل التصديقات لا التصورات لأن البحث فيه عن أحكام أفعال المكلفين، والمراد به بإثبات النسبة بين الحكم والمكلف.
- 22 نظر الفقيه في الأدلة يختلف عن نظر الأصولي، إذ الأصولي: ينظر في الأدلة الإجمالية الكلية من حيث إفادتها للأحكام الجزئية بقطع النظر عن تعيين الجزئيات. والفقيه: ينظر نظراً خاصاً في كل دليل وحكم مسألة خاصة.
- 23 ومن ذلك ما عرفه به الإمام أبو حنيفة رضي الله عنه: "هو معرفة النفس ما لها وما عليها".
- 24 رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار [دار الفكر لبنان] (47/1).
- 25 المركب أربعة أنواع: 1- الإضافي كغلام زيد. 2- المركب المزجي كعلبك وحضرموت. 3- المركب التوصيفي وهو التقييدي: الذي هو الموصوف وصفته جاء زيد العالم، زيد العالم صفة وموصوف. 4- المركب الإسنادي الذي لم يفد فائدة تامة، نحو إن قام زيد.
- 26 فركنوا إلى اصطلاحات مشهورة وهو خير من استعارة مصطلح أجنبي، ففضل الدكتور محمد الكتاني استبدال المصطلح بـ(المناهج)، ويرى الدكتور محمد صدقي البورنو استعمال مصطلح (دليل وحق وواجب) على أساس أنها اصطلاحات متداولة. واستبدله الدكتور علي جمعة بـ(القاعدة العامة) واستحسن الدكتور شاهد البوشيخي استعمال مصطلح (المسألة والقضية).
- ينظر الصياغة الفقهية للرومي هامش: 1 (ص 622).
- 27 الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية [مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان - سنة: 1416هـ] (ص 91).
- 28 المرجع نفسه (ص 92).
- 29 تاريخ الفقه الإسلامي (ص 208).
- 30 وقد كثرت التواليف بهذا الاصطلاح فعلى سبيل المثال: "نظرية العقد في الفقه الإسلامي"، للشيخ شوكت العدوي، و"الملكية ونظرية العقد"، للشيخ محمد أبو زهرة، و"نظرية العقد"، و"نظرية الحق"، كلاهما للشيخ محمد سلام مدكور، و"النظريات الفقهية"، ليوסף المرصفي، و"المدخل إلى الفقه الإسلامي العام"، للشيخ مصطفى الزرقا، وقد تكلم فيه عن نظريات: الملكية، والعقد، والعرف، والمؤيدات الشرعية، ونظرية الالتزام العامة، و"نظرية التقييد الفقهي"، للدكتور محمد الروكي، و"نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام"، للدكتور محمد فوزي فيض الله.
- 31 فنظرية الإثبات مثلاً تجدها تتألف من عدة عناصر: وجه الجدة في فقهها ضم تلك العناصر وترتيبها ترتيباً دقيقاً وهي: حقيقة الإثبات، والشهادة، وشروط الشهادة، والرجوع عن الشهادة، ومسؤولية الشاهد، والإقرار، والقرائن، والخبرة، ومعلومات القاضي، والكتابة، واليمين، والقسامة، واللعان.

- قال محمد بكر إسماعيل في القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه (ص12): "فهذا مثال للمنهج الجديد الذي يسلكه المؤلفون في النظريات العامة في تكوينها، إذ كل موضوع عنصر من عناصر هذه النظرية، وتدرج تحته فصول، والرباط بينها علاقة فقهية خاصة".
- 32 المدخل الفقهي العام (329/1).
- 33 التنظير الفقهي (ص 9). وقال في كتابه "نحو تفعيل مقاصد الشريعة" (ص197): "هي التصور المجرد الجامع للقواعد العامة الضابطة للأحكام الفرعية الجزئية".
- 34 القواعد الفقهية للندوي - طبعة درا القلم - (ص 63).
- 35 نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام (ص43).
- 36 الفقه الإسلامي وأدلته (4/ ص7).
- 37 النظريات والقواعد في الفقه الإسلامي، لعبد الوهاب أبو سليمان نشره بمجلة جامعة الملك عبد العزيز، العدد الثاني، جمادى الثاني، عام (1398هـ) (ص 49 - 67).
- 38 وقيل: هي المفهوم الكلي الذي يدخل تحته الموضوعات المتشابهة في الأركان والشروط والأحكام العامة. وقيل: بناء عام لقضايا ذات مفهوم واسع.
- 39 تعريف الدكتور جمال الدين عطية للمنظام الفقهي في نحو تفعيل مقاصد الشريعة (ص206).
- والفرق بينهما هو أن النظام أشمل من النظرية من كل جهة فالنظام الاقتصادي مثلاً يشتمل على عدة نظريات فقهية بمجموعها نحكم أن هذا النظام مبني على الفقه الإسلامي.
- 40 نظرية المقاصد له (ص17).
- 41 ينظر كتاب: تاريخ النظريات الفقهية في الإسلام للدكتور وائل حلاق [دار المدار الإسلامي لبنان]
- 42 ينظر مثلاً: "مسائل الالتزام" فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك لأبي عبد الله عيش (217/1) و"مسائل الضمان" المصدر نفسه (166/2). ومن المؤلفات: مجمع الضمانات لأبي محمد غانم البغدادي الحنفي، وإبطال الحيل لابن بطة، وأحكام أهل الذمة لابن القيم وغيرها. وللاستزادة ينظر كتاب: الصياغة الفقهية لهيثم الرومي (ص572-573).
- 43 ينظر في ذلك: كتاب مفهوم النظرية الفقهية وتاريخها للدكتور عبد الحق حميش. وكتاب الصياغة الفقهية في العصر الحديث لهيثم الرومي (ص552-554).
- 44 الفقه الإسلامي وأدلته (4/7).
- 45 القواعد الفقهية للباحسين (ص149).
- 46 ومن ذلك: نظرية المصلحة لحسين الحامد ونظرية الإباحة لسلام مذكور ونظرية التععيد الأصولي لأيمن البدارين.

- 47 مثل مؤتمر لاهاي في الجنايات سنة 1937م، وأسبوع الفقه الإسلامي في باريس سنة 1951م.
- 48 وهذه النظريات المبنية في مدونات الأئمة هي في الجملة: نظرية الملكية - نظرية العقد - نظرية التعسف باستعمال حق الغير - نظرية الشرط - نظرية المؤيدات الشرعية - نظرية الأهلية والولاية - نظرية العرف - نظرية الشخصية الاعتبارية - نظرية الظروف الطارئة وغيرها.
- 49 القاعدة في اللغة: هي أصل الشيء وأساسه، قال الزجاج: القواعد أساطين البناء التي تعمد، وقواعد الهودج: خشبات أربع معترضة في أسفله تركب عيدان الهودج فيها، قال أبو عبيد: قواعد السحاب أصولها.
- وفي الاصطلاح: عرفها العلامة التفتازاني في التلويح بأنها "حكم كلي ينطبق على جزئياته لتعرف أحكامها منه". وقال السبكي: "بالأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة يفهم أحكامها منها". وعرفها أبو البقاء الكفوي بقوله: "قضية كلية من حيث اشتغالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها". وهي في إطلاق الفقهاء بمعنى: حكم أكثرى لا كلي، ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها. قال مصطفى الزرقاء في المدخل (965/2): "أصول فقهية كلية في نصوص موجزة تتضمن أحكاما تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها".
- 50 ينظر: أصول الفقه للزحيلي (ص 8) والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للدكتور محمد صدقي آل بورنو (ص 88) والمدخل للفقه الإسلامي مصطفى شلبي (ص 278).
- 51 ينظر للفائدة: القواعد الفقهية يعقوب الباحسين (ص 149-150) والقواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه لمحمد بكر إسماعيل (ص 12) والمدخل لعبدالكريم زيدان (ص 288) والمدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية (ص 336) والصيغة الفقهية في العصر الحديث لهيثم الرومي (ص 531-535).
- 52 قال الدكتور يعقوب الباحسين في كتابه القواعد الفقهية موضحا ذلك: "فنظرية العقد مثلا، تتناول التعريف بالعقد، وبيان الفرق فيما بينه وبين التصرف والإلزام، والكلام عن تكوين العقد ببيان أركانه وشروط انعقادها، وصيغته، واقتران الصيغة بالشروط وأثر ذلك في العقد، كما تتناول الكلام عن محل العقد، وعن أهلية العاقدين، وعوارضها، وعن ولايته الأصلية والنيابية، وعن حكم العقد، وأحكام العقود، وعن عيوب العقد، وعن الخيارات وأثرها في العقود".
- 53 وقال في المصدر نفسه: "ومن النظريات ما تتناول موضوعا خاصا، ولكنه منتشر بين طائفة من المعلومات المبنية في أبواب مختلفة من كتب الفقه، كنظرية التعسف في استعمال الحق.. ومنها ماهي ذات نطاق ضيق، وتتناول موضوعا خاصا من موضوعات الفقه، تبحثه، كما بحثته كتب الفقه، ولكن بترتيب وتنظيم آخر، كنظرية الضمان، ونظرية الغصب.. وهي

- في مثل هذا النطاق لا تختلف عن بحثها في كتب الفقه الإسلامي، إلا بإطلاق اسم (نظرية) عليها، وإلا بترتيب وتنظيم المعلومات الفقهية، فهي تمثل طائفة من الأحكام الفقهية المنظمة لهذه المعاملات أو الأحكام".
- 54 الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (4/ص7).
- 55 فرق طائفة من الأصوليين بين الضابط والقاعدة: كتاج الدين السبكي وابن نجيم وغيرهم حيث أن القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى، والضابط يجمعها من باب واحد، هذا هو الأصل. وتركت طائفة التفريق مثل النابلسي وابن رجب وغيرهم فجعلوا القاعدة بمعنى الضابط.
- فائدة: جدير بنا أن نشير إلى الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية:
- 1/ موضوع أصول الفقه الأدلة والأحكام حيث يقدم ضابطاً للاستنباط من الدليل التفصيلي. أما القاعدة الفقهية فموضوعها فعل المكلف من حيث النظر في الفروع المندرجة تحت القاعدة ليحكم بها عليه.
- 2/ القواعد الأصولية قواعد كلية والقواعد الفقهية أغلبية.
- 3/ القواعد الفقهية تصاغ بعد جمع فروعها وتتبعها في الأبواب فوجودها الذهني متأخر عن الفروع بخلاف الأصولية فهي بمثابة الأدلة التي يأخذ الفقيه نفسه بها عند الاستنباط فيقتضي وجودها الذهني قبل الفروع.
- ومن المصطلحات المستعملة في الباب: الفروق الفقهية، والأشباه والنظائر، والألغاز الفقهية، والمطارحات.
- 56 ومن القواعد التي تتعرق بالعرف مثل: "لا ينكر تغير الأحكام (المبنية على المصلحة أو العرف) بتغير الزمان". و"إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت" و"المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً".
- 57 ينظر: الصياغة الفقهية لهيثم الرومي (ص601-610). والقواعد الفقهية للباحسين (ص150).
- 58 المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية لعلي جمعة عبد الوهاب (ص336).
- 59 يقول الدكتور عطية في كتابه نحو تفعيل مقاصد الشريعة (ص200): "إن البحث عن النظريات الفقهية ليس من السهولة بالصورة التي نبحت بها عن الأحكام الفرعية للمسائل الفقهية، فكتب الفقه زاخرة بأحكام الفروع، وقلما جد فيها بحوثاً عن نظريات فقهية، إذ إن النظريات متناثرة بين العديد من المصنفات، وهي بحاجة إلى اكتشاف وتجميع وترتيب".
- 60 مع الحذر من الأخطاء المنهجية في درس الموازنة القانونية واستعمال المصطلحات في حدود إطلاقاتها. حتى لا يقع في شرعية الشكل العام لكنها وضعية المضمون والخصائص. فلا بد من فهم التصورات من ذات الفقه وتفرعاته.

ما جرى به العمل وبعده المقاصدي في الفقه المالكي

بقلم

د / نبيل موفق*



الملخص

يناقش هذا المقال دليلاً من أدلة المذهب المالكي الذي يعتبر من أكثر المذاهب أصولاً والتي من شأنها أن تجعل فقهه فقهاً مرناً في التطبيق ومعالجة الوقائع الحادثة، كما تجعله أقرب حيوية وتحقيقاً لمصالح الناس، والذي هو دليل ما جرى به العمل الذي يعتبر من القواعد التي كان لها الفضل في تمكين الفقهاء من الاجتهاد والاستنباط والتوسع في مجال تخريج المسائل في المذهب المالكي.

مقدمة

الحمد لله والصلوة والسلام على نبيه ومصطفاه، وبعد:

فإن المذهب المالكي من أكثر المذاهب أصولاً والتي من شأنها أن تجعل فقهه فقهاً مرناً في التطبيق ومعالجة الوقائع الحادثة، كما تجعله أقرب حيوية وتحقيقاً لمصالح الناس.

وقد كان الفضل في تمكين الفقهاء من الاجتهاد والاستنباط والتوسع في مجال تخريج المسائل في المذهب المالكي ثراء الأصول الاجتهادية المعتمدة من طرف المجتهدين، ولذلك نجد فقهاء المذهب المالكي قد يخالفون إمامهم في بعض الفروع تخريجاً على نفس الأصول ومن أهم ما يمكن أن يلفت الانتباه في أصول المذهب اعتماده على المصلحة الشرعية

* أستاذ محاضر - معهد العلوم الإسلامية - جامعة الوادي - الجزائر.

كأساس في الاجتهاد عن طريق خطط تشريعية مثل المصلحة المرسله وسدّ الدّرائع والاستحسان والعرف، وكل هذه الخطط جعلته ينفرد ببعض الخصائص التشريعية والمناحي الاستدلالية التي لها أبعاد مقاصدية من ذلك الأخذ بدليل ما جرى به العمل الذي تتجلى فيه مقاصدية الفقه التشريعي المالكي، لاعتماده على المصلحة والحاجة واستناده إلى الصّورة وتحقّق المناط في عملية الاجتهاد والإفتاء، وهو بذلك يعتبر أحد الرّوافد الاجتهادية التي تسعف الفقيه والمفتي المجتهد في إيجاد حلّ للمشكلات المعروضة عليه لاسيما ما يتعلّق بمسائل التّوازن بما يتوافق مع أصول الشريعة ومقاصدها، ويتناسب مع نصوصها وأدلّتها، وعليه يمكن طرح الإشكالية التالية: مامدى تجلّيات الدّرس المقاصدي في إعمال ملمح ما جرى به العمل كمنحى استدلالّي في الفقه المقاصدي التّشريعي المالكي؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية رمت الخطة التالية:

- المبحث الأول: تعريف ماجرى به العمل وأهمّيته في الفقه المقاصدي المالكي.
- المبحث الثاني: المسوّغات المقاصدية لاعتبار ماجرى به العمل في الاجتهاد.
- المبحث الثالث: نشأة ماجرى به العمل في تاريخ الفقه المالكي.
- المبحث الرابع: ضوابط اعتبار ما جرى به العمل في المذهب المالكي.
- المبحث الخامس: مسائل مالكية مبنية على اعتبار ما جرى به العمل.
- خاتمة.

وهذا تفصيل المباحث المذكورة آنفاً:

المبحث الأول

تعريف ما جرى به العمل وأهميته في الفقه المالكي

المطلب الأول

تعريف ما جرى به العمل

ما جرى به العمل وجه من وجوه النظر، يؤخذ به في الفتاوى والأحكام والتوازل والأفضيات، ومرتبته الاستدلالية استثنائية من الأصل، إذ الأصل وجوب اتباع الرّاجح والمشهور والعدول عنهما إلى المرجوح أو الضعيف إذ اقترن بمسوّغ معقول يعد رخصة، وما كان حقّه كذلك وجب الاقتصار فيه على القدر الخادم للقضية من غير تعدّد وتعميم إلى غيرها وبالضرورة وجوب الرجوع إلى الأصل إذا انقضى زمان أو حال الاستثناء والرّخصة، وهذا ما يدلنا على أنّ ما جرى به العمل نتاج النظر المقاصدي في الفقه المالكي باعتباره وجهاً من وجوه الاستدلال الفقهي والترجيح الاجتهادي والنظر المقاصدي في المذهب المالكي، وقد ارتضى بعض الباحثين تعريف ما جرى به العمل على النحو الآتي: (هو العدول عن القول الرّاجح أو المشهور في بعض المسائل إلى القول الضعيف فيها رعيّاً لمصلحة الأمة وما تقتضيه حالتها الاجتماعية)¹.

ومن خلال هذا التعريف يتبين لنا أنّ ما جرى به العمل مؤسس على اعتبار المقاصد والمصالح والحاجات والضرورات؛ ذلك أنّ الفقيه يلجأ إليه إن اقتضى الحال من أجل إيجاد حلّ للمسألة التي جاء المستفتي سائلاً عنها فيفتيه بالقول الضعيف الشاذ أحياناً مقابل الرّاجح أو المشهور لمصلحة أو ضرورة، ويظهر من خلال ذلك أنّ تفعيل ملمح ما جرى به العمل كمنحى استدلائي مرتبة لا تتحصّل إلا لمن ملك آلة الاجتهاد كما سوف يظهر معنا.

وقد أسس الفقهاء مشروعية قاعدة ما جرى به العمل على مجموعة من النصوص منها ما بوّب به البخاري في صحيحه فقال: "باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن على نياتهم ومذاهبهم المشهورة"، ثم ساق ما يدلّ على ذلك².

المطلب الثاني أهمية ما جرى به العمل في الفقه المقاصدي المالكي

إذا دققنا النظر في أصول وقواعد المذهب المالكي الاستدلالية والحجاجية فإننا لا نجد حضوراً لدليل ما جرى به العمل باعتباره أحد وجوه الاستدلال أو القواعد المعول عليها في المذهب؛ وإنما وجوده ينكشف ضمن القواعد الفقهية وبين ثنايا أبواب الفقه والأحكام والقضاء والفتوى، لالتصاق الوثيق بين العمل وحكم القاضي والحاكم والمجتهد في المذهب ومجتهد الفتوى لاسيما في الأحكام المتعلقة بالمعاملات التي لها صفة التجدد والحدوث، ولها ارتباط وثيق بين الواقع والعرف والبيئة والمجتمع، وباعتبار آخر كون العمل يعدّ من الرخص والاستثناءات، وما كان كذلك وجب الاقتصار به على المحلّ المعين من غير تعدية وجوهه إلى غيره.

فمضان ما جرى به العمل الاجتهادات والتفريعات الفقهية والمسائل الواقعية والتوازل الحادثة التي أفتى فيها المفتون والمجتهدون بفتاوى واجتهادات معينة، والتي تستند إلى المنطق الاجتهادي الصحيح والتأصيل المنهجي العميق.

واستلال الأصول والقواعد والخصوصيات من الفروع والفتاوى والاجتهادات منهج قديم قدم نشأة المذاهب الفقهية، ومنها المذهب المالكي، الذي لم يضع أصوله الإمام مالك - أي لم يصرح بها - وإنما استخراجها تلامذته من الإشارات والاختيارات ووجوه الاستدلال التي أوردها في موطنه، أو من نصوص المدونة، وذلك بالاستقراء والتتبع.

وملمح ما جرى به العمل نمط اجتهادي مقاصدي غرضي مستل من الأصول الاستدلالية المالكية، فهو إن كان ملتفتاً فيه إلى جلب المصلحة فهو مخرج على أصل الاستصلاح، وإن كان موجه درء المفسدة فهو على أصل سدّ الذرائع، وإن كان جرياً على ما تعارف عليه الناس فمندرج تحت أصل مراعاة العوائد والأعراف، ومما يجدر التنبيه عليه هنا أنّ العمل يرتبط بموجبه ارتباط العلة بالمعلول، فهو منفذ استدلالي مؤقت إلى حين زوال العلة بارتفاع الموجب لها فيعود الحكم إلى الزاجح أو المشهور³.

فحقيقة القول بما جرى به العمل من خصوصيات المذهب المالكي، وأحسبه أنه موازي في الظاهر بالاستحسان عند الحنفية باعتبار هذا الأخير تقديم قياس خفي على قياس جلي لمصلحة أو ضرورة.

وقد ورد عن أئمة المذهب المالكي كثير من الفتاوى التي خالفوا فيها المشهور والزاجح لقوة المصلحة المترتبة على الأخذ بالضعيف أو الشاذ أو المرجوح، وفي ذلك يقول إبراهيم اللقاني ت1041هـ: (لشيخ المذهب المتأخرين كأبي عبد الله بن عتاب، وأبي الوليد بن رشد وأبي الأصبع بن سهل، والقاضي أبي بكر بن زرب، والقاضي أبي بكر بن العربي، واللخمي، ونظائرهم اختيارات وتصحيح لبعض الروايات والأقوال عدلوا فيها عن المشهور وجرى باختيارهم عمل الحكام والفتيا لما اقتضته المصلحة وجرى به العرف، والأحكام تجري مع العرف والعادة، قاله القرافي في القواعد، وابن رشد في رحلته وغيرهما من الشيوخ)⁴.

ويظهر من كلامه -رحمه الله- التزعة المقاصدية الموجهة لتأصيل القول بمصلحة ما جرى به العمل واعتماده عند أولئك الفقهاء المالكيين.

المبحث الثاني

المسوغات المقاصدية لاعتبار ما جرى به العمل في الاجتهاد

لما كان القول بما جرى به العمل يظهر فيه إهمال ما هو راجح واعتبار ما هو مرجوح؛ فإنّ هذا ليس هذا على إطلاقه وإنّما هو مقيد بوجود مسوغات قوية تدعو إلى الجنوح إلى ترجيح ما جرى به العمل على المشهور المفتى به.

ولذلك فيمكن القول بأنّ (فقه العمل) أو (الماجريات)⁵ ضاع بين الغالي فيه والجافي عنه؛ أمّا الأول فيقدّم العمل به على النصوص القطعية من الكتاب والسنة تقديساً للعرف الدارج والعمل الجاري، وأمّا الجافي عنه فشنّ على فقه العمل حملة شعواء إذ ترسخ لديه اعتقاد أو عرفان بأنّ العمل لا أصل له إلاّ الجريان على الأقوال الضعيفة، ومجارة الأعراف الفاسدة⁶، فضاعت الحسنه بين السيئتين.

ومن أهمّ المسوغات المقاصدية للقول بما جرى به العمل واعتباره ما يلي:

- قاعدة اعتبار المقاصد:

فأصل العمل ينبع من معين الأدلة والأقوال الاجتهادية لأئمة النظر والتحقيق، وذلك (أنّ بعض المسائل فيها خلاف بين فقهاء المذهب، فيعمد القضاة إلى الحكم بقول مخالف المشهور لدرء مفسدة أو خوف فتنة، أو جريان عرف في الأحكام مستندها العرف لا غيرها، أو نوع من المصلحة، أو نحو ذلك فيأتي من بعده، ويقتدى به مادام الموجب الذي لأجله خالف المشهور في مثل تلك البلد، وذلك الزمن، وهذا مبني على أصول المذهب المالكي قد تقدّمت، فإذا كان العمل بالضعيف لدرء مفسدة، فهو أصل مالك في سدّ الدّرائع، أو جلب مصلحة، فهو على أصله في المصالح المرسلّة وقد تقدّم ما فيه من الخلاف وأنّ شرطه أن لا يصادم نصّاً من نصوص الشريعة ولا مصلحة أقوى منها أو جريان عرف، فتقدّم أنّ من الأصول التي بنى الفقه عليها، وأنّه راجع للمصالح المرسلّة أيضاً، فيشترط فيه ما اشترط فيه، فتنبه لهذا كلّه، فإذا زال الموجب، عاد الحكم المشهور، لأنّ الحكم بالزّاجح، ثمّ المشهور واجب، وهو من الأصول العقلية⁷.

وملمح ما جرى به الدليل بهذا الاعتبار هو من القواعد المقرّرة لوجوب المزج بين النّص والالتفات إلى روحه ومدلوله على وجه لا يخلّ بالمعنى الذي يلوح من الظاهر، فهي بذلك تساعد على تنزيل مقاصد التشريع على كلّ الوقائع المستجدة، والتوازّل التي تقتضي أحكاماً استثنائية وفقاً لاعتبار مصلحة المكلف واختيار الحكم المناسب لحاله وظروفه في حدود الضوابط الشرعية⁸.

-قاعدة الأعدار والظروف الطارئة:

يقول ابن تيمية: (ويجب على المضطرّ أن يأكل ويشرب ما يقيم به نفسه، فمن اضطرّ إلى الميتة أو الماء النّجس فلم يشرب ولم يأكل حتّى مات دخل النّار)⁹.

ويقول العزّ بن عبد السلام: (وكذلك لو اضطرّ إلى أكل النّجاسات وجب عليه أكلها، لأنّ مفسدة فوات النّفس والأعضاء أعظم من مفسدة أكل النّجاسات)¹⁰.

ويقول الشاطبي: (إنّ محالّ الاضطرار مغتفرة في الشّرع أعني: إنّ إقامة الضّرورة معتبرة وما يطراً عليه من عارضات المفاصد مغتفرة في جنب المصلحة المجتلبة، كما اغتفرت مفاصد أكل الميتة والدّم ولحم الخنزير وأشباه ذلك في

جنب الضرورة لإحياء النفس المضطربة، وكذلك التطق بكلمة الكفر، أو الكذب حفظاً للنفس أو المال حالة الإكراه¹¹.

فتبين لنا أنّ الإسلام أجاز هذه المحرمات للضرورة الحاصلة، فالوقوع في المحذور، وتناول ما كانت مفسدته قطعياً وغالبة على مصلحته في الحالات الاعتيادية أولى من عدمه، لأنّه وإن كان مفسدة في ذاته إلاّ أنّه يحقّق في مثل تلك الحالات مصلحة تربو عن مفسدته، فيكون هذا التّرجيح تأصيلاً لقاعدة ما جرى به العمل لمشابهتها في جلب المصلحة ودرء المفسدة، ويدلّلنا على أنّها قاعدة جارية على مقتضى الاستدلال الصحيح.

-قاعدة التّخفيف والتيسير:

من سمات الشريعة الإسلامية التيسير ورفع الحرج عن المكلفين، وهو من قواعدها الكبرى، وأولوياتها العظمى.

يقول الشاطبي: (كلّ أمر شاق جعل الشارع فيه للمكلف مخرجاً فقصد الشارع بذلك المخرج أن يتحرّاه المكلف إن شاء كما جاء في الرّخص الشرعية المخرج من المشاق فإذا توفّى المكلف الخروج من ذلك على الوجه الذي شرع له، كان ممثلاً لأمر الشارع، أخذاً بالحزم في أمره، وإن لم يفعل ذلك وقع في محذورين، أحدهما: مخالفته لقصد الشارع سواء كانت تلك المخالفة في واجب أم مندوب أم مباح.

والثاني: سدّ أبواب التيسير عليه وفقد المخرج عن ذلك الأمر الشاق الذي طلب الخروج عنه بما لم يشرع¹².

يقول القرضاوي: (وإذا كان التيسير مطلوباً دائماً كما أمرنا الرسول -صلى الله عليه وسلّم- فهو ألزم ما يطلب في عصرنا هذا، نظراً لرقّة الدين في أنفس الكثيرين وغلبة النزعات المادية، وتأثر المسلمين بغيرهم من الأمم)¹³.

ويظهر ممّا سبق أنّ التّخفيف من القواعد الكلية في الشرع، وملح ما جرى به العمل ينزع في كثير من صورته إلى هذه القاعدة الكلية فتعتبر من جملة مسوغاته، وأنّه يصار إليه بشرط اعتبار التّصوص والمقاصد والضوابط.

-اعتبار المآل في الاجتهاد:

ومعناه النَّظَر فيما يمكن أن تؤول إليه الأفعال والتصرّفات والتكاليف موضوع الاجتهاد والإفتاء والتوجيه، وإدخال ذلك في الحسبان عند الحكم والفتوى¹⁴.

وهي عبارة ترد في كلام الفقهاء ومدوّناتهم، ومنهم فقهاء المذهب المالكي فقد جعلوها أصلاً دينياً ومصدراً اجتهادياً يرجع إليه في استنباط الأحكام والترجيح بينها، يقول الشاطبي: (النَّظَر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً... وذلك أنّ المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو الإحجام إلاّ بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل فقد يكون مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب، أو مفسدة فيه 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 فربّما 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 المشروعية ربّما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد، فلا يصحّ إطلاق القول بعدم المشروعية، وهو مجال للمجتهد صعب المورد إلاّ أنّه عذب المذاق، محمود الغبّ جار على مقاصد الشريعة)¹⁵.

وقد ردّ -رحمه الله- على من يهمل هذه القاعدة بحجّة أنّ عليه العمل وليس عليه التّتيحة، فقال: (لا يقال إنّّه قد مرّ في كتاب الأحكام أنّ المسبّبات لا يلزم الالتفات إليها عند الدّخول في الأسباب، لأنّنا نقول: وتقدّم أيضاً أنّه لا بدّ من اعتبار المسبّبات في الأسباب... وقد تقدّم أنّ الشّارع قاصد للمسبّبات في الأسباب، وإذا ثبت ذلك لم يكن للمجتهد بدّ من اعتبار المسبّب، وهو مآل السّبب)¹⁶.

-قاعدة مراعاة الخلاف:

ومعنى هذه القاعدة أنّها إعمال المجتهد لدليل خصمه المخالف في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر¹⁷.

أي أنّ المجتهد أعمل دليله في نقيض المدلول، وأعمل دليل المخالف في

لازم ذلك التقيض.

وقد عبّر بعض المالكيّة عن قاعدة مراعاة الخلاف بقولهم: (إنّ إعمالها من جملة الورع المندوب، وهي من المرجّحات التي يرجّح بها في حال تعارض الأدلّة عندهم، ومثال ذلك: الماء الذي استعمل في طهارة حدث أو اغتسلات مندوبة، أو خالطته نجاسة ولم تُغيّر، ومن أوصافه، فأثّه طاهر إلّا أنّهم حكموا عليه بالكراهة مراعاةً لخلاف أصبغ والشافعي اللذين يقولان بعدم الطهوريّة)¹⁸.

وقد مثّلوا لذلك بأمثلة كثيرة نذكر منها هذا المثال التوضيحي لمعنى القاعدة وهو: حكم التسليميتين في الصلّاة، فعند المالكيّة أنّ المشهور تسليمة واحدة يخرج بها المصلّي من الصلّاة، وقيل بأنّه: لا بدّ من تسليمتين وسبب الخلاف: هل كان صلى الله عليه وسلم - يقتصر عن تسليمة واحدة أو تسليمتين، والذي رأى مالك العمل عليه الاقتصار على واحدة، ولكن قد علمت أن من الورع مراعاة الخلاف فالأولى الإتيان بالتسليمتين¹⁹.

ويكون مفهوم مراعاة الخلاف من الناحية التطبيقية للمجتهد أنّه إن أوقع المكلف فعلاً منهياً عنه في نظر مجتهد، فإما أن يرتّب عليه آثار النهي من فسخ وإبطال، الأمر الذي يؤدّي إلى مفسدة أعظم من مفسدة المنهي عنه، أو يجد له مخرجاً يوافق مقصد الشارع وذلك بإعمال دليل مخالفة أو بعض ما يقتضيه ذلك الدليل، لدرء مفسدة متوقّعة وجلب مصلحة محقّقة²⁰، ويكون هذا التّرجيح من جنس إعمال دليل ما جرى به العمل فهو من مسوغاته.

هذه بعض القواعد التي اشتهر القول بها في المذهب المالكي وظهر لي أنّ فيها تاصيلًا لقاعدة ما جرى به العمل، وهي تختلف من حيث القرب والبعد، ومن حيث الظهور والخفاء، والتّصريح والإشارة إلى المقصود، والله أعلى وأعلم.

المبحث الثالث

نشأة اعتبار ما جرى به العمل في تاريخ الفقه المالكي

لا شك أنّ الثراء الفقهي والمقاصدي للمذهب المالكي كان له أثر كبير في ظهور هذا النوع من الاستدلال والتّرجيح في المسائل الفقهية فهو يعتبر امتداداً لطبيعة النّظر الفقهي والتّجديد التشريعي.

وقد ظهرت بواكير اعتبار ما جرى به العمل كمنحى استدلالي حينما وصل المذهب المالكي إلى بلاد الأندلس والمغرب، وأصبح القضاء والحكم على وفق ما هو مشهور في المذهب، ثم نضجت تلك الفكرة واستوت على سوقها على يد الفقهاء المالكيين في تلك الديار، فبعدها تشبّع أولئك الفقهاء بثقافة المذهب الموسوعيّة، وتمزّنتهم على وجوه استدلالية مرنة أملتها عليهم التحوّلات المعيشيّة، والتطورات الحياتية وما نتج عن ذلك من متغيّرات ومستجدّات، فتمخّض اجتهادهم على استنتاج وجوه كثيرة من الاستدلال خلال تنزيل الفتاوى والأحكام على الوقائع، وإن كان في ظاهرها خروج عن مقتضى المشهور، أو العمل بما ضعف مدركه، ويشهد لذلك فتوى فقيه الأندلس يحيى بن يحيى الأندلسي ت 234هـ للأمير عبد الرحمان حينما استفثاه في مسألة حصلت له ذلك أنّه وقع على جارية له في يوم رمضان فأفتاه الفقيه الأندلسي بأن يصوم شهرين متتابعين، ولم يخيّره بين الإطعام والعتق فلمّا سأله أصحابه قال معللاً عدوله عن المشهور الرّاجح في المسألة بقوله: (لو فتحنا للأمير هذا الباب وطئ كل يوم وأعتق فحمل على الأصعب عليه لثلاً يعود)²¹.

فيظهر من فتواه إعمال لقاعدة سدّ الذرائع حتّى لا يجرى من في قلبه مرض على حدود الشريعة، ولأجل ذلك ندب أهل الفتوى ضرورة التعليل فيها للحاجة، وهذا الصنيع له أصل في فعل الصحابي الجليل حبر الأمة عبد الله بن عباس - رضي الله عنه -.

قال إبراهيم اللقاني: (للمفتي أن يغلظ في الجواب للزجر والتهديد إن احتاج إلى ذلك وأن يستعمل التأويل في محلّ الحاجة كما إذا سأله من له عبد عن قتله له وخشي منه المفتي أن يقتله، فليقل له إن قتلته قتلناك متأولاً له على قوله - صلّ الله عليه وسلّم - : (من قتل عبده قتلناه)²²، وقد سئل ابن عباس عن توبة القاتل فقال: "لا توبة له"، وسأله آخر فقال: "له توبة"، ثم قال: "رأيت في عيني الأول إرادة القتل فمنعته، ورأيت الثاني قد قتل وجاء يطلب المخرج فلم أفتطه"²³.

وبالرغم ممّا في فتوى يحيى بن يحيى الليثي من مقال فالذي يهمنّا هو ظهور البعد المقاصدي للقول بما جرى به العمل الذي أملاه التفاعل المباشر والقوي

باليئة والمحيط والتشبع بفقہ الواقع والاضطلاع بمقاصد الشارح.

ثم صار القول بما جرى به العمل جارياً في القرن الرابع الهجري فقد ثبت أن ابن لبابة القرطبي ت314هـ كان يفتي بعدم اشتراط الخلطة في اليمين جرياً على عمل بلده، كما أن القاضي منذر بن سعيد البلوطي ت355هـ كان يقضي بمذهب مالك والعمل الجاري في بلده إذا تصدّر للحكومة مع نزعة الظاهرية، وفي القرن الخامس الهجري نجد أن العمل صار له ذبوع وصيت فجرى على السنة الفقهاء وفي مصنفاتهم؛ ككتب أبي الوليد الباجي ت474هـ، وابن عات ت528هـ، وابن سهل ت486هـ، وابن عاصم ت829هـ، وهي شواهد تدل على استرسال القول بما جرى به العمل واعتباره في الفتاوى والأحكام، ويبدو أن الفقهاء في المغرب الإسلامي اقتنعوا بكونه قاعدة يعمل بها في مواطنها وفقاً لمقتضياتها، فقد ألف أبو العباس أحمد بن القاضي ت1025هـ كتاب "نيل الأمل فيما بين الأئمة جرى العمل"، وألف العربي الفاسي ت1052هـ رسالة: "فيما جرى به العمل من شهادة اللّيف"، ونظم عبد الرحمن الفاسي نحو ثلاثمئة مسألة مما جرى به العمل في فاس²⁴.

المبحث الرابع

ضوابط اعتبار ما جرى به العمل في المذهب المالكي

الأخذ بدليل ما جرى به العمل في المذهب أحد مميّزاته وخصائصه الاستدلالية كما تقدّم ولاعتباره والقول به شروط وضوابط، منها ما يتعلّق بصفة القائم بإجراء الدليل وهو المجتهد، ومنها ما هو متعلّق بصفة الدليل، وما له تعلّق بشروط الدليل وخصائصه؛ وبيان ذلك فيما يلي:

1- صفة القائم بإجراء الدليل عند إعمال ما جرى به العمل:

ما جرى به العمل ليست عملية يسيرة، بل هي عملية اجتهادية معقدة تحتاج إلى اطلاع واسع بماخذ الأدلة ومواطن الاتفاق ومحال الخلاف وأسس الاستنباط والإدراك الواسع بنصوص المذهب ورواياته وأقواله وآراء واجتهاد المتتسبين إليه وهي صفات لا تجتمع إلا في من بؤاه الله منزلة الاجتهاد.

قال الشاطبي ت790هـ: (مراعاة الأقوال الضعيفة أو غيرها شأن المجتهدين من الفقهاء... فحسبنا فهم أقوال العلماء والفتيا بالمشهور منها، ولتتنا نجو من ذلك

رأساً برأس لا لنا ولا علينا²⁵.

وعليه فالأخذ بما جرى به العمل يشترط فيه:

أ- معرفة مواطن الإجماع ومحال الاتفاق ومواطن الخلاف: فقد اتفقت كلمة المجتهدين في أن من لم يعرف الخلاف فإنه بمنأى عن معرفة وإدراك الفقه، فضلاً عن أن يكون مفتياً أو قاضياً، ومن باب أولى ألا يكون ممن يعمل قاعدة الأخذ بالأولى لما فيها من تقديم قول ضعيف أو شاذ عن الزاجح المشهور، والمقصود بالخلاف معرفة مواقع الخلاف، لا حفظ مجرد الخلاف، ومعرفة ذلك إنما تحصل بما تقدم من النظر فلا بدّ منه لكل مجتهد، وكثيراً ما تجد هذا للمحققين في النظر كالمازري وغيره²⁶.

ب- الإحاطة بمقاصد الشريعة وإدراكها: وهو من الشروط الأساسية في القائم بإجراء العمل فالمجتهد في فتواه عليه أن ينظر في مآلات الأفعال وعوائد وسلوكات الناس، وواقع معاشهم وحياتهم، وبناء على ذلك يتم بناء الفتوى وتنزيلها فيرمي إلى تحقيق مصلحة المكلف وفق مقاصد الشريعة والتمثلة في (المعاني والحكم الملحوظة للشرع في جميع أحوال التشريع أو معظمها بحيث لا يختص ملاحظتها بالكون في نوع واحد من أحكام الشريعة، وغايتها العامة، والمعاني التي لا يخلو التشريع عن ملاحظتها، ويدخل أيضاً معان من الحكم ليست ملحوظة في سائر أنواع الأحكام ولكنها ملحوظة في أنواع كثيرة منها)²⁷.

قال الشاطبي: (كل أمر شاق جعل الشارع فيه للمكلف مخرجاً فقصد الشارع بذلك المخرج أن يتحده المكلف إن شاء كما جاء في الرخص الشرعية المخرج من المشاق، فإذا توخى المكلف الخروج من ذلك على الوجه الذي شرع له، كان ممثلاً لأمر الشارع، أخذاً بالحزم في أمره، وإن لم يفعل ذلك وقع في محظورين: أحدهما: مخالفته لقصد الشارع، كانت تلك المخالفة في واجب أو مندوب أو مباح، والثاني: سدّ أبواب التيسير عليه وفقد المخرج عن ذلك الأمر الشاق الذي طلب الخروج منه بما لم يشرع له)²⁸.

وعليه فالنظر عند إجراء العمل متفرع عن الإمعان في مصلحة المكلف ابتداءً،

فقد يكون للمسألة دليل نهي راجح وآخر مرجوح والعمل بالزاجح فيه حرج على المكلف ولا يحقق المصلحة وعند إعمال الدليل المرجح تكون المصلحة محققة ودافعة للمفسدة، فيلجأ المجتهد إلى الدليل المرجح لاحتفاف جانبه بقرائن فاقت قوّة دليّية الزاجح فصار المرجوح راجحاً، قال العزّ بن عبد السلام ت660هـ: (قلنا: إذا خفيت المصلحة الخالصة أو الزاجحة، كان خفاؤها عذراً مجوّزاً للاقتصار على المرجوحة...) ²⁹.

2- صفة الدليل الذي لأجله وقع إعمال ما جرى به العمل:

فيجب أن يكون العدول من الزاجح إلى المرجوح له ما يسوّغه ويدعو إليه من ذلك الحاجة والضّرورة وتحقيق مصلحة المكلف وإلاّ كان ضرباً من ضروب التّشهي والخروج عن المنهجية العلميّة الصّحيحة في الاستدلال والاجتهاد.

قال الحجوي: (إذا كان القاضي يحكم بالضعيف لدفع مفسدة، أو خوف فتنة أو نوع من المصلحة فالإمام أولى لأنّ القاضي إنّما هو نائبه لكن لا ينبغي التّرخيص في ذلك إلاّ عند التّحقيق بمصلحة عامة لا خاصة إقواء لهيبة الشّرع الأسمى، مثلاً الحنفية لا يجوّزون القياس في الحدود وقد دعت ضرورة الوقت لسنّ زواج من ضرب وحبس لمن فعل جرائم غير مذكورة في الكتاب والسنة كتأديب وال ارتشى، أو عامل اختلس مال الدولة، أو نحو هذا فلا بأس بالحنفي أن يقلّد مالكياً يرى أنّ الإمام يعزّر لمعصية الله أو آدمي بأنواع التعازير...) ³⁰.

ويقول أيضاً في معرض كلامه عن مسوّغات الأخذ بما جرى به العمل: (... وهذا كلّه قد دعت الضّرورة أو الحاجة إليه وإلاّ فلا يجوز الإفتاء ولا القضاء إلاّ بالمشهور أو الزاجح إلاّ لضرورة كما سبق نعم عند تحقّق الضّرورة أو المصلحة تعيّن الفتوى بقول ولو ضعيفاً، ولأجل الضّرورة تذكر الأقوال الضّعيفة...) ³¹.

3- شروط دليل ما جرى به العمل وخصائصه:

تقدّم أنّ ما جرى به العمل مطلوب عند الحاجة والضّرورة، وأنّه لا يتنافى مع ما انعقد عليه الإجماع أو قواعد الشّريعة ومقاصدها وأنّ العمل به وإن استند لقول ضعيف أو مرجوح أو شاذّ فليس معناه تقديمه على القول المشهور والزاجح؛

وإنما المصلحة التي لأجلها وقع الترجيح من المجتهد هي التي أكسبت القول قوة ورجحاناً، وقد تقدّم لنا أيضاً أنّ المسألة في أصلها لا تعدو أن تكون استثناءً ورخصةً لها محلّها وقدرها، تنتهي بانتهاء الغرض ولا تكون المصلحة معارضة لأصول الدّين وقواعد التشريع.

يقول الدكتور الجيدي: (اتفق الفقهاء على أنّه لكي يصبح للعمل قوّة النفوذ والاعتبار لا بدّ فيه من توفر الأركان الآتية:

- * أن يكون العمل المذكور صدر ممّن يقتدى به في الأحكام.
- * أن يثبت بشهادة العدول المثبتين في المسائل الفقهية.
- * أن يكون جارياً على مقتضى قواعد الشّرع وإن كان شاذّاً³².

المبحث الخامس

مسائل في الفقه المالكي مبنية على قاعدة ما جرى به العمل

هذا المبحث مخصّص لذكر جملة من الأحكام الفقهية المعلّلة بقاعدة ما جرى به العمل في الفقه المالكي لاختصاصه بهذه القاعدة، وحسبنا هنا أن نشير لنماذج منها مع بيان وجه العمل بملح ما جرى به العمل، وذلك لشحذ همم الباحثين للاستزادة من التّأصيل والتّفريع لهذه القاعدة الاستدلالية.

وتجدر الإشارة هنا أنّ إعمال دليل ما جرى به العمل أكثر جريانه يكون في باب المعاملات باعتبارها معلّلة بالحكم والمصالح، وباعتبارها أيضاً مجالاً رحباً للتّقصيد والتّعليل، ومن هذه المسائل:

- المسألة الأولى: بيع الصّفقة.

وهو أن تكون الدّار مثلاً أو غيرها ملكاً مشاعاً بين شخصين أو أكثر، فيعمد أحد الشّركاء إلى ذلك الملك فيبيعه جميعاً، فيكون لشريكه أو شركائه الخيار في أن يوافقوا على البيع فيتمّوه للمشتري أو أن يضمّوه لأنفسهم ويدفعون للبائع ثمن حصّته، هذا ما جرى به العمل وهو مخالف للتّصوص من جهة أنّ ذلك-أي البيع- متوقّف على شروط ربّما أنكرها أو بعضها الشّريك المبيع عليه أو الشّركاء المبيع عليهم، فيحتاج البائع إلى إثباتها-كأن يوكّله على البيع أو يوافقوه قبل البيع على أن يبيع هذا الملك المشاع- وشأن الإثبات أن يكون عند القضاة، ولكن جرى

ما جرى به العمل وبعده المقاصدي في الفقه المالكي _____ د. نبيل هوفيق

العمل بعدم الرّفْع إليهم، والبيع بهذه الصّفة مخالف للتّصوص وظاهر المذهب يقتضي منعه كما صرّح بذلك الونشريسي وغيره³³.

وقد وقع اختلاف كبير بين الشّيوخ في هذا البيع فمنهم من أجاز به هذه الصّفة وهو الذي جرى به العمل ومنهم من منعه جرياً على ما تقتضيه نصوص الفقه³⁴.

-المسألة الثانية: الرّدّ بالعيب في الدّواب.

المعروف عند الفقهاء أنّ من اشترى مبيعاً ووجد به عيباً له الرّجوع على البائع سواء تمّ ذلك-أي العيب- داخل الشّهر أو بعده وسواء كان هذا المبيع من الدّواب أو غيرها؛ غير أنّ الذي جرى به العمل لدى المتأخّرين من الفقهاء أنّ الدّواب لا يردها المشتري بالعيب إذا قام ذلك العيب بعد شهر من يوم الشّراء، وأمّا قبل انتهاء الشّهر فله إرجاعه ورده، وذلك مراعاةً لمصلحة العامة³⁵.

-المسألة الثالثة: جرى العمل عند أهل فاس بأنّه إذا وقع في النّكاح بين ولي الزّوجة والزّوج اتفاق، وظهر القبول من كليهما وانقطع الوعد بينهما لضرب الصّدق وعقده فإنّ ذلك كلّه ينزل منزلة الدّخول بهذه الزّوجة فيترتب عليه من الأحكام ما يترتب بالدّخول من إرث وغيره³⁶.

-المسألة الرابعة: وجرى العمل بأنّ من حلف بالحرام ولم ينو الثلاث ولا لفظ الثلاث يلزمه طلقة بائنة لا غير قبل الدّخول أو بعده، لأنّ العرف قاض به عندهم، والعرف متّبع محكوم به في هذه النّازلة في كلّ إقليم³⁷.

-المسألة الخامسة: وجرى العمل بتأييد تحريم المرأة على الذي أفسدها على زوجها حتّى نشزت وطلّقها زوجها، فيعامل هذا المفسد بنقيض قصده، فلا يحلّ له التّزوّج بها أبداً، كما يتأبّد تحريم المرأة المتزوّجة على الهارب بها، وهذا على أصل المالكيّة في المعاملة بنقيض القصد، قال ابن منجور ت995هـ: (قاعدة: من أصول المالكيّة المعاملة بنقيض المقصود الفاسد كحرمان القاتل من الميراث، وتوريث المبتوتة في المرض المخوف...) ³⁸.

-المسألة السادسة: وجرى العمل بصحّة اشتراط الزّوج الذي خالغ زوجته بأن تنفق من مالها على أولاده لمُدّة زائدة على مدّة الرّضاع التي هي حولين مع

مخالفته للمشهور في المذهب المالكي³⁹.

هذه بعض المسائل التي مثل بها الفقهاء لتخريج الفتاوى على دليل ما جرى به العمل في الفقه المالكي، وهي تشترك في كونها مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بحياة الناس وأحوالهم وعوائدهم وظروفهم وسلوكاتهم، وما تعارفوا عليه، فيظهر من ذلك كله أنّ إعمال ملامح ما جرى به العمل هو عين تحقيق المصلحة الراجحة ودرء المفسدة المتوقعة.

خاتمة

من خلال ما تقدّم في هذه الإطالة المختصرة للدليل ما جرى به العمل يتبيّن لنا أنّ الفقه المالكي فقه واقعي مصلحي مقاصدي اجتهادي، يفعل روح النص ومقصده حسب الحاجة والمصلحة والزّمان والمكان والحال، فإعمال قاعدة ما جرى به العمل هو نموذج من نماذج العلاج التشريعي المصلحي لبعض التصرفات الطارئة والقضايا الحادثة؛ وهذا يعدّ من محاسن ما اختصّ به المذهب المالكي عن غيره من المذاهب؛ أو على الأقلّ أنّه نضج عند فقهاءه دون غيرهم.

وبالزّعم من الانتقادات التي وجّهت إلى هذا المنحى الاستدلالي التشريعي المقاصدي فهو يعتبر عمل اجتهادي جليل وإبداع في ميدان التشريع رصين، استعمله الفقهاء ليبيّنوا أنّهم قادرين على معالجة كلّ ظاهرة تستجدّ في حياتهم وكلّ مشكلة واقعة أو متوقّعة، فأعطوا بذلك حلولاً ناجعة لكثير من القضايا والتّوازل، وأثبتوا عملياً أنّ التّخريج والاجتهاد في المذهب لم ينقض عهده، وإنّما هو باق ما بقت الشريعة، كما برهنوا على أدائهم لمسؤوليتهم المتمثلة وجوب السير مع التّطوّر البشري والتّغيّر الزّمني.

كما يظهر لنا أيضاً أنّ الفقه المالكي فقه قابل دائماً للتّطوّر لما يملكه من خصائص تشريعية ومرونة وقابليّة للاستمرار والبقاء واستيعابه لكلّ ما يجدّ على السّاحة العلميّة من قضايا والسّاحة العمليّة من وقائع وحوادث.

وفي الختام فإنّ إعمال ملامح ما جرى به العمل في المذهب المالكي وثناء الجانِب التّطبيقي منه بكثرة تخريج المسائل الفقهية على منواله يعدّ مستنداً قوياً

لوجود المسوّغات الدّاعية إلى القول به؛ إذ يعتبر قاعدة نفيسة ومنحى استدلاليّ عريق وأصل حجج دقيق، والقول به ليس من بدع القول، والعمل به لا يعدّ خروجاً عن المذهب ما روعيت شروطه وضوابطه وتحققت مصلحته المنشودة.

- الهوامش:

- 1 - عمر الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، إحياء التراث، الإمارات والمملكة المغربية، 1404هـ/1984م، ص342.
- 2 - ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار...، ج4/ص466، تحقيق: ابن باز، دار الحديث، القاهرة، 1424هـ/2004م.
- 3 - ما جرى به العمل في الفقه المالكي (نظرية في الميزان) مجلة العدل، رجب 1430هـ، العدد 43، ص22.
- 4 - إبراهيم اللقاني، منار الفتوى وقواعد الإفتاء، تحقيق: عبد الله الهلالي، المملكة المغربية، ص272/273.
- 5 - محمد رياض، أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، ط1، 1996م، ص513.
- 6 - ما جرى به العمل في الفقه المالكي، ص19.
- 7 - الحجوي محمد بن الحسن، الفكر الشامي في تاريخ الفقه الإسلامي، اعتنى به: هيثم خليفة طعيمي، شركة أبناء شريف الأنصاري للطباعة والنشر والتوزيع، صيدا، المكتبة العصرية، ط1، 1427هـ/2006م، بيروت، لبنان، ج2/ص709.
- 8 - نور الدين الخادمي، أبحاث في مقاصد الشريعة، مؤسسة المعارف، بيروت، ط1، 1429هـ/2008م، ص27.
- 9 - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، دار الوفاء، المنصورة، ط1، 1418هـ/1997م، ج21/ص80.
- 10 - العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، تحقيق: عبد اللطيف حسن، منشورات محمد علي بيوض، دار الكتب العلمية، بيروت، 1420هـ/1999م، ج1/ص66.
- 11 - الشاطبي، الموافقات، تحقيق: عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت، ط3، 1417هـ/1999م، ج1/ص243.
- 12 - المصدر نفسه.
- 13 - يوسف القرضاوي، تيسير الفقه للمسلم المعاصر في ضوء الكتاب والسنة، مؤسسة الرسالة، ط1، 1422هـ/2001م، ص31.
- 14 - زايد عبد الرحمان، الاجتهاد بتحقيق المناط وسلطانة، دار الحديث، القاهرة، 1426هـ/2005م، ص234.
- 15 - الشاطبي، الموافقات، ج4/ص195.
- 16 - المصدر نفسه.
- 17 - أحمد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكية، دار البحوث والدراسات، دبي، ط1، 1423هـ/2002م، ص94-95.

- 18 - المصدر نفسه.
- 19 - المصدر نفسه.
- 20 - المصدر نفسه.
- 21 - القاضي عياض ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، ج3/ص388.
- 22 - أبو دوود، كتاب الديات، باب من قتل عبده قتلناه، رقم 4515، والنسائي، كتاب القسامة، باب القود بين الأحرار والمماليك في النفس، ج8/ص20-21.
- 23 - الأثر في تفسير ابن كثير الآية (ومن يقتل مؤمناً متعمداً) النساء 92، منار أصول الفتوى لللقاني، ص261.
- 24 - الحجوي، الفكر السامي، ج2/ص710. وعمر الجيدي، العرف والعمل، ص243.
- 25 - الشاطبي، الموافقات، ج4/ص73.
- 26 - المصدر نفسه.
- 27 - ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص51.
- 28 - الشاطبي، الموافقات، ج1/ص284.
- 29 - العز بن عبد السلام، القواعد، ج2/ص195.
- 30 - الحجوي، الفكر السامي، ج2/ص719.
- 31 - المصدر نفسه.
- 32 - عمر الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، ص352.
- 33 - الونشريسي، المعيار المعرب، ج5/ص124.
- 34 - الجيدي، العرف والعمل، ص250.
- 35 - ابن عبد الرفيع، معين الحكام على القضايا والأحكام، تحقيق: محمد بن قاسم بن عباد، دار الغرب الإسلامي، تونس، ط1/2011م، ج1/ص157.
- 36 - عمر الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، ص454.
- 37 - ابن منجور أحمد بن علي، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، دراسة وتحقيق: محمد الشيخ محمد الأمين، دار عبد الله الشنقيطي، ص483.
- 38 - المصدر نفسه.
- 39 - اللقاني، منار أصول الفتوى وقواعد الإفتاء بالأقوى، ص272.

أثر الفقه المقارن في مؤلفات المالكية

بقلم

أ / فريدة حديد *



الملخص

يعالج المقال موضوع المقارنة الفقهية في مؤلفات المالكية، وهو موضوع مهم يدفع تهمة تعصب المالكية لرأي إمامهم دون دليل، ويبرز بالدليل موضع المقارنة ومنهجها، حيث باستقراء هذه الكتب والنظر فيها يبدو تميز المالكية وتفوقهم في فقه الخلاف منذ العهد الأول حيث انفتحوا على رأي المخالف ووقفوا على دليله ولم ينقل عنهم أبدا تعصبهم دون دليل، وقد بدت مناهج ثلاث في مقارناتهم وهي المنهج الجدلي الحجاجي، والمنهج الأثري، والمنهج التأصيلي، وبهذا المنهج تطور الفقه المالكي وتوسعت أصوله الاجتهادية.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد:

فرغم ما عرف عن المالكية من شدة تعصبهم لمذاهبهم والتفافهم حول إمامهم، إلا أنّ هذا لا يعنى رفضهم للمذاهب الأخرى، وإقصاءهم لغيرهم حتى رفعوا شعار: "رأينا صواب لا يحتمل الخطأ" بل كانوا أكثر المذاهب انفتاحا على غيرهم، وأكثر المذاهب مراعاة لآراء الغير كيف لا، وهذه هي سنة إمامهم صاحب

* أستاذ مساعد - معهد العلوم الإسلامية - جامعة الوادي - الجزائر.

المذهب إذ كان أول من رفض حمل الناس على مذهب واحد، لما فيه من التعتن والتضييق، فرغم تمسكه بعمل أهل المدينة واعتقاده أولوية الاتباع، إلا أنه لم يمنع غيره من الاجتهاد وإبداء الرأي.

وعلى آرائه سار أصحابه فقد أصلوا لفقهِه الخلاف كما أصل غيرهم، ونادوا إلى مراعاة خلاف الآخر ودليله فوضعوا قاعدة مراعاة الخلاف وزانوا بها المذهب، وقد بدا ذلك في كتبهم منذ ظهور الموطأ فرسموا طريق التسامح ومراعاة قول الغير، واتباع الدليل لا اتباع الرجال، فكان فقهِهم مبني على الدليل أولاً وآخرها، واجتهدوا بناء عليه فوسعوا مذهبهم وقواعده، واستوعبوا الحياة بكل تقلباتها كما برز ذلك في كتب فقهِه النوازل ولذلك ارتأيت أن أعالج فقهِه الخلاف عند المالكية من خلال كتبهم وأبين ومدى اعتنائهم بالفقه المقارن في مقالة عنونها ب: "المقارنة الفقهية في مؤلفات المالكية" وفق خطة كالآتي:

مقدمة: وتكون للتعريف بالبحث عموماً.

المبحث الأول: تعريف الفقه المقارن وأهميته

المبحث الثاني: اعتناء المالكية بعلم الخلاف وأهم مؤلفاته.

خاتمة: وضمنتها أهم النتائج والتوصيات

المبحث الأول

تعريف الفقه المقارن وأهميته

قبل التفصيل في اعتناء المالكية بعلم الخلاف يجب التعريف بالفقه المقارن وأهميته:

المطلب الأول

تعريف الفقه المقارن

أولاً: تعريف الفقه

1- لغة: الفقه في الأصل هو الفهم والعلم يقال: أوتي فلان فقها في الدين أي فهما فيه، قال الله عز وجل: ﴿لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ﴾ التوبة [122] أي ليكونوا علماء به،

وفقه فقها بمعنى علم علما، ورجل فقيه أي عالم وكل عالم بالشيء فهو فقيه.⁽¹⁾

2- اصطلاحاً: كان الفقه في الصدر الأول من الإسلام فقها شاملاً للدين كله غير مختص بجانب منه، ولذلك سمي أبو حنيفة الفقه ب: "الفقه الأكبر"، فالفقه كان يشمل في ذلك العهد علم العقيدة، وأحكام الفروع، والأخلاق، ثم خصه المتأخرون بالأحكام الشرعية العملية فقد عرفه الأمدى بقوله: "هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المستنبطة من أدلتها التفصيلية"⁽²⁾.

أي تتعلق بالأحكام الشرعية العملية، وكلمة عملية تعني أن الأحكام الفقهية تتعلق بالمسائل العملية الناتجة من أفعال الناس في عباداتهم ومعاملاتهم اليومية، ويقابل الأحكام العملية الأحكام العقدية، فإن تعلقها بالقلوب لا بأعمال الأبدان⁽³⁾.

والمكتسب من أدلتها التفصيلية أي أنه يستند إلى ما جاء به الوحي من الكتاب والسنة، فالفقه بهذا وثيق الصلة بمعناه لغة حيث يطلق على استنباط الأحكام العملية من أدلتها التفصيلية، وهو أمر يقتضي من المجتهد استنفاغ الجهد والوسع في النظر والتأمل، والتعمق في العلم، والوقوف بقدر الطاقة على بواطن الأمور دون الاكتفاء بظواهرها، وهذا يعني دقة الفهم. فمن لا يعرف من الأمور إلا ظواهرها لا يسمى فقيهاً⁽⁴⁾.

وأصبح الفقه أخيراً بمعنى: معرفة أحكام الحوادث نصّاً واستنباطاً، أو دراسة وحفظاً على مذهب من المذاهب، وصار الفقيه في العصور الأخيرة من يعرف الأحكام الشرعية ويحفظها من مذهب معين، أو أكثر، ليعلمها للناس.⁽⁵⁾

ثانياً: تعريف المقارن:

المقارنة لغة: الجمع والوصل، قرن الشيء بالشيء وقرنه إليه يقرنه قرناً شده إليه وجمعه به، والقران الجمع والوصل قرن بين الحج والعمرة جمع بينهما، وقارن الشيء بالشيء مقارنة وقرانا، اقترن به وصاحبه، واقترن الشيء بالشيء صاحبه، وقرنت الشيء بالشيء وصلته به.⁽⁶⁾

ثالثاً: تعريف الفقه المقارن باعتباره مركباً وصفيًا:

مما سبق يتبين أن الفقه المقارن هو نوع من الفقه يعنى بدراسة الآراء الفقهية المختلفة في المسألة الواحدة بعرض المذاهب فيها، ثم عرض أدلتها، ومناقشتها، لبيان الراجح منها. وقد عرفه فتحي الدين بقوله: "هو تقرير آراء المذاهب الفقهية الإسلامية في مسألة معينة، بعد تحرير محلّ النزاع فيها، مقرونة بأدلتها، ووجوه الاستدلال بها، وما ينهض عليه الاستدلال من مناهج أصولية، وخطط تشريعية، وبيان منشأ الخلاف فيها، ثم مناقشة هذه الأدلة أصولياً، والموازنة بينها، وترجيح ما هو أقوى دليلاً، أو أسلم منهجاً، أو الإتيان برأي جديد، مدعم بالدليل الأرجح في نظر الباحث المجتهد".⁽⁷⁾

وقيل: "هو جمع الآراء الفقهية المختلفة وتقييمها والموازنة بينها بالتماس أدلتها، وترجيح بعضها على بعض"⁽⁸⁾

إذن: فهو علم يهتم بالآراء الفقهية المختلف فيها بين المذاهب الإسلامية بعرضها، وتقرير أدلتها، بعد تحديد محلّ النزاع فيها، وذكر أسباب الاختلاف بينها، ثم تحديد القول الراجح إن أمكن، وبيان سبب الترجيح.⁽⁹⁾

رابعاً: بين الفقه المقارن وعلم الخلاف:

موضوع الفقه المقارن هو مسائل الاختلاف، فهو يبحث فيما اختلف فيه أهل العلم من أحكام بعرض أقوال أهل العلم في المسألة الواحدة، وتحديد موضع الخلاف فيها ثم بيان سبب الخلاف وذكر الأدلة كما سبق وهو ما يتعلق به علم الخلاف الذي ظهر بعد عصر النبوة بعد اتساع الاختلافات الفقهية، ومع مرور الزمن تحولت إلى مذاهب فقهية متعددة، فظهر علم الخلاف كفرع عن علم الفقه، وصار له كيانه ووجوده، وشاع وانتشر، وصنفت فيه الكتب الكثيرة، والمدونات الفقهية الواسعة، ثم خبا ذكره، وانطفأ نوره، وزال الاسم من الوجود في العصور الأخيرة، إلى أن ظهر مثيله في العصر الحاضر تحت مسمى الفقه المقارن.⁽¹⁰⁾

وعرف حاجي خليفة علم الخلاف فقال: « هو علم يعرف به كيفية إيراد الحجج الشرعية ودفع الشبهة، وقوادح الأدلة الخلفية، بإيراد البراهين القطعية»

ثم قال: «وهو الجدل الذي هو قسم من المنطق، إلا أنه خص بالمقاصد الدينية»⁽¹¹⁾.

ويظهر من هذا أن علم الخلاف هو العلم الذي يتعلق ببيان الأقوال والآراء والمذاهب، ثم يورد الأدلة والأصول التي يأخذ منها الأئمة والفقهاء أحكامهم، ويبحث عن وجوه الاستنباط من الأدلة الإجمالية والتفصيلية، وقيم الأدلة والبراهين والحجج الشرعية لاجتهاد الأئمة والفقهاء، وهذا هو موضوع الفقه المقارن اليوم، وهذا هو منهجه.

ويهدف علم الخلاف أو الفقه المقارن إلى تأييد مذهب الأئمة بإيراد الحجج والبراهين والأدلة لأقوالهم، وبيان القواعد والأصول التي اعتمدوا عليها في الاجتهاد والاستنباط، ودفع الشكوك التي ترد على المذهب، ورد الشبه التي تثار عليه، وإيقاعها في المذهب المخالف، وهذا يؤكد صلته بعلم الفقه، وكتب الفقه.

لذلك اندفع العلماء في كل مذهب يؤيدون أقواله، ويستدلون لأحكامه، ويدعمونه بالأدلة والحجج والبراهين، وينافون عن إمام المذهب، واختيارات علمائه، ويدللون على سداد منهجه في الاجتهاد، وقوة قواعده في الاستنباط، وصلابة منطقه في الاستدلال، ويبعدون كل شبهة أو شك أو ريب في أصوله أو قواعده أو اجتهاده أو أحكامه، ويرغبون الناس باتباعه وتقليده، ويدعون إلى الالتزام به والوقوف عنده.⁽¹²⁾

ويلخص ذلك ابن خلدون، ويصوره، فيقول عن علم الخلاف: "فاعلم أن هذا الفقه المستنبط من الأدلة الشرعية كثر فيه الخلاف بين المجتهدين... خلافاً لا بد من وقوعه، واتسع ذلك في الملة اتساعاً عظيماً، وكان للمقلدين أن يقلدوا من شاءوا منهم، ثم انتهى ذلك إلى الأئمة الأربعة من علماء الأمصار، وكانوا بمكان من حسن الظن بهم، واقتصر الناس على تقليدهم، ومنعوا تقليد سواهم، فأقيمت هذه المذاهب الأربعة مقام أصول الملة، وأجري الخلاف بين المتمسكين والآخذين بأحكامها، فجرى الخلاف في النصوص الشرعية، والأصول الفقهية، وجرت بينهم المناظرات في تصحيح كل مذهب إمامه، تجري على أصول صحيحة، وطرائق قويمة، يحتج بها كل على مذهبه الذي قلده، وتمسك به،

وأجريت في مسائل الشريعة كلها، وفي كل باب من أبواب الفقه...، وكان في هذه المناظرات بيان مآخذ هؤلاء الأئمة، ومثارات اختلافهم، ومواقع اجتهادهم، وكان هذا الصنف من العلم يسمّى بالخلافيات، ولا بد لصاحبه من معرفة القواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام، كما يحتاج إليها المجتهد، إلا أن المجتهد يحتاج إليها للاستنباط (من الكتاب والسنة)، وصاحب الخلافيات يحتاج إليها لحفظ المسائل المستنبطة من أن يهدمها المخالف بأدلته".⁽¹³⁾

وكان هذا الهدف هو الأصل في الماضي، ونتج عنه كثير من العصبية المذهبية، والتشدد بالتمسك بالمذهب، وتأييد الإمام، وعدم الخروج عن أقواله، والتشكيك بأقوال المذاهب الأخرى، والطعن بها، والنيل منها، وعقد المناظرات الشفهية لها، وتسجيلها في الكتب، ولذلك كان معظم الباحثين في علم الخلاف يصلون إلى تأييد مذهبهم، وترجيح قولهم مطلقاً، وخرج عن هذا السبيل عدد كبير ممن يلتزم الحق ويرجح بالدليل الأقوى، كالقرطبي، وابن الهمام، والقرافي، وابن تيمية، وابن القيم، وابن رشد الحفيد، والشعراني، والشوكاني، ويحيى بن حمزة الزيدي....

ولكن ظهور هذا العلم في عصرنا ساهم في تجديد الفقه، وزوال العصبية المذهبية وقبول الآخر، ومراعاة قوله، لذلك يجب تفعيله والدعوة إلى الدراسات المقارنة بين المذاهب حتى يبرز الرأي الصواب الموافق لروح الشريعة ومصالح الناس.

وبذلك أصبح الفقه المقارن وسيلة للتقريب بين المذاهب المختلفة، ووسيلة لمعرفة الحق والصواب حتى يزول التعصب والتقليد، ولدراسته فوائد كبيرة وهذه بعض منها:

المطلب الثاني: أهمية الفقه المقارن.

الفقه المقارن كعلم أو كمنهج له فوائد عظيمة منها:

أولاً- قراءة ومراجعة آراء فقهاء المذاهب الإسلامية والإطلاع عليها من مصادرها الأساسية بعرضها ودراستها وفق ضوابط وأسس المقارنة الصحيحة، وصولاً للرأي الصائب مسنداً بالدليل الأقوى.⁽¹⁴⁾

ثانيا- محاولة الوصول إلى حكم الله في المسائل التي تنازع فيها أهل العلم، فلا شك أن عرض آراء العلماء في المسألة الواحدة والتعرف على الأدلة التي استندوا إليها ينير درب الباحث، ويعرفه على المسألة من زواياها المختلفة، ويجعل ترجيحه فيها دقيقا إن أحسن النظر والفهم والاستدلال⁽¹⁵⁾.

ثالثا- هو طريق إلى تأصيل الملكة العلمية الفقهية ويؤهل للنبوغ في علم الفقه، ذلك أن الدارس لهذا العلم يتعرف على أقوال الفقهاء، ويبين طرائقهم في الاستدلال ومآخذهم من الأدلة، ويقارن بين أقوالهم ويرد ما كان دليله ضعيفا، ويطيل النظر والتأمل فيما يشكل عليه ويشتبه عليه، وهو يحتاج في ذلك كله إلى أن يتعرف على طرائق استخلاص الأحكام من الأدلة، وكل هذا يوجد الملكة الفقهية ويوسع الأفق، ويخرج فقهاء متمرسين بالعلم الشرعي يقول الإمام النووي -رحمه الله- في مقدمة كتاب المجموع: " وَاعْلَمْ أَنَّ مَعْرِفَةَ مَذَاهِبِ السَّلَفِ بِأَدْلَتِهَا مِنْ أَهَمِّ مَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِأَنَّ اخْتِلَافَهُمْ فِي الْفُرُوعِ رَحْمَةٌ وَبِذِكْرِ مَذَاهِبِهِمْ بِأَدْلَتِهَا يَعْرِفُ الْمُتَمَكِّنُ الْمَذَاهِبَ عَلَى وَجْهَيْهَا وَالرَّاجِحَ مِنَ الْمَرْجُوحِ وَيَتَّضِحُّ لَهُ وَلِغَيْرِهِ الْمُسْكِاتُ: وَتُظْهِرُ الْفَوَائِدَ النَّفِيسَاتُ: وَيَتَدَرَّبُ النَّاطِرُ فِيهَا بِالسُّؤَالِ وَالْجَوَابِ: وَيَفْتَحُ ذَهْنَهُ وَيَتَمَيَّزُ عِنْدَ ذَوِي الْبَصَائِرِ وَالْأَلْبَابِ: وَيَعْرِفُ الْأَحَادِيثَ الصَّحِيحَةَ مِنْ الضَّعِيفَةِ وَالِدَّلَائِلَ الرَّاجِحَةَ مِنَ الْمَرْجُوحَةِ وَيَقُومُ بِالْجَمْعِ بَيْنَ الْأَحَادِيثِ الْمُتَعَارِضَاتِ وَالْمَعْمُولِ بِظَاهِرِهَا مِنَ الْمُؤُولَاتِ وَلَا يُشْكَلُ عَلَيْهِ إِلَّا أَفْرَادٌ مِنَ النََّادِرِ " ⁽¹⁶⁾.

رابعا- يخرج هذا العلم دارسه من ربة الجمود والتعصب المذموم، فإن من اتسعت مداركه وآفاقه ونظر في أقوال أهل العلم يأبى أن يكون ضيق الأفق متعصبا لآراء الرجال، فالحق أحق أن يتبع، ونبذ العصبية ينشر الود والسماحة بين المسلمين على اختلاف مذاهبهم⁽¹⁷⁾.

خامسا- تطوير فقه الخلاف، لأن الاعتماد على مذهب معين والتعصب له دعوة إلى ترك الاختلاف الذي هو رحمة، وفيه توسعة على الناس فأراء المذهب الواحد قد تؤدي إلى الضيق والحرج، وإذا كان الاجتهاد أمرا مطلوبيا في الإسلام فالأمر الذي لم يطلبه ولم يقبله مطلقا هو التقليد، فتفعيل الدراسة المقارنة بين المذاهب

يؤدي إلى إعادة عرض أقوالهم بمقارنتها مع غيرها من الأقوال في المذاهب الأخرى، وذلك تفعيلاً للاجتهاد، ليتبين الصواب الموافق لمصالح الناس ومصصلحة الشارع، فلا يمكن اعتماد آراء مذهب واحد لهذا العصر، والدراسة المقارنة تبين الحق، وقد تؤدي إلى ترجيح رأي المخالف.

وقد نبه الإمام الشاطبي على خطورة قصر طالب العلم الفقه على مذهب واحد فقال: "إن تعويد الطالب على أن لا يطلع إلا على مذهب واحد، ربما يكسبه ذلك نفورا وإنكارا لكل مذهب غير مذهبه ما دام لم يطلع على أدلته، فيورثه ذلك حزاة في الاعتقاد في فضل أئمة أجمع الناس على فضلهم، وتقدمهم في الدين، وخبرتهم بمقاصد الشرع وفهم أغراضه"⁽¹⁸⁾.

سادسا- الإفادة والعمل بموجب النتائج التي أفرزتها المقارنة علمياً وموضوعياً لغرض تطوير الدراسات الفقهية للنهوض بها إلى واقع الفقه الإسلامي، واستثمارها على صعيد التطبيق.

سابعا- تقوية وشد أزر المسلمين ووحدتهم من خلال وحدة آرائهم الفقهية، وإبعاد كل الآراء غير المسندة بالأدلة القوية، وعدم فسح المجال للذين يتحنون الفرص لاستغلال المسائل الفقهية لأغراض سياسية، وقد يتبلور الأمر لإيجاد فقه إسلامي وليس فقه مذهبي إسلامي.

ثامنا- اختصار الجهد لأجل التقريب بين المذاهب الإسلامية وتحقيق الوحدة الإسلامية بتضييق دائرة الخلاف بين المذاهب والشعوب الإسلامية، والسعي إلى التوحيد وبخاصة في نطاق المحافل والتكتلات الدولية والإقليمية.

تاسعا- من شأن المقارنة الفقهية أن تساعد على تقنين أحكام الشريعة الإسلامية أو إعداد مشروعات قانونية بهذه الأحكام المرتبطة بحياة المسلم وسلوكه وشؤونه الاجتماعية والاقتصادية⁽¹⁹⁾.

المبحث الثاني

اعتناء المالكية بعلم الخلاف وأهم مؤلفاته

بدأ الفقه المالكي مع ظهور المدونة التي احتوت أساساً آراء الإمام مالك

وبعض تلاميذه كابن القاسم، وهنا بدأت بوادر ظهور الخلاف في المذهب واستيعاب الأصحاب له.

وأهم ما ميز فقه الخلاف عند المالكية اهتمامهم بالخلاف داخل المذهب، أو ما يسمى بالخلاف الصغير أو النازل، وكذلك اهتمامهم بالخلاف خارج المذهب، أو ما يسمى بالخلاف العالي، وقد كتب المالكية في كلا النوعين، ولكل نوع منهجية خاصة.

وما ينبغي التنبيه إليه أن الحديث عن الخلاف وفقهه ومنهجية التأليف فيه عند المالكية، يقتضي الحديث عن كل مدرسة وخصائصها ومنهجها، إذا اختلفت المناهج في التأليف في هذا الفن من مدرسة إلى أخرى، فكل مدرسة تميزت بمقومات ومناهج تطورت عبر الوقت. فمالكية العراق تفردوا بالجدل الفقهي، ولكن فيهم تطور علم الخلاف في المذهب المالكي.⁽²⁰⁾

أما أصول المقارنة فظهرت في مدرسة مصر والقيروان، وهذا دائما في الخلاف العالي، ومنهجية تحليل الأقوال والحديث عن أسباب الاختلاف فقد ظهرت وتطورت في المدرسة الأندلسية والمغربية خاصة وذلك في نهاية القرن الرابع الهجري مع مؤلفات ابن رشد الحفيد، وابن الفرس، وابن جزري الغرناطي والرجراجي شارح المدونة⁽²¹⁾.

وبالحديث عنهم وعن أهم كتبهم يتوضح الأمر.

المطلب الأول: اعتناء المالكية بعلم الخلاف النازل (المذهبي) وأهم مؤلفاته.

لم يكن علماء المالكية نسيجا واحدا ولا كانت آراؤهم قالبا متحدا بل تعددت آراؤهم واختلفت في كبرى المسائل وصغارها حتى إنك لتجد في المسألة الواحدة عشرات الأقوال كل يدلي فيها بدلوه ويعلل رأيه واختياره حتى لكأن كل واحد منهم يمثل مدرسة قائمة واتجاهها منفردا⁽²²⁾، ويبدو ذلك في كتاب الواضحة حيث نجد الخلاف الفقهي سيد الموقف حيث " نجد مؤلفه يرجع إلى رأي مالك إلا أنه في نفس الوقت يرجع إلى رأي معاصره وخلفه من أهل المدينة الذي تختلف أحكامه وآراؤه الفقهية عن آراء شيخه"⁽²³⁾ وتكمن أهمية كتاب الواضحة

في أنه يعرض الاختلاف في الرأي في عصر مالك بين حلقات علماء أهل المدينة وكذلك الاختلاف في روايات تلاميذ مالك والمعاصرين".⁽²⁴⁾

كذلك المستخرجة من الأسمعة والمعروفة بالعتبية فإنها تحتوي على آراء فقهية لتلاميذ مالك وخلفائه⁽²⁵⁾ فهي في حقيقتها عبارة عن "سماعات أحد عشر فقيها ثلاثة منهم أخذوا عن مالك مباشرة وهم ابن القاسم وأشهب وابن نافع المدني وآخرون أمثال ابن وهب ويحيى الليثي وسحنون وأصبغ".⁽²⁶⁾

فهذه الكتب تظهر بوضوح أن فقهاء المالكية الأوائل كانوا لا يعتمدون في مفهومهم للفقه على الموطأ فحسب، أو على قول مالك فقط، بل أبرزوا آراء فقهية مختلفة نقلت من المدينة إلى مصر وشمال إفريقيا وأندلس.⁽²⁷⁾

وأهم كتب المالكية في هذا الفن على الإطلاق كتاب النوادر والزيادات لابن أبي زيد القيرواني فهو حلقة هامة من حلقات الفقه المقارن داخل المذهب، ولم يكن دور المؤلف في هذا الكتاب أكثر من عرض الآراء الفقهية المختلفة في المسألة الواحدة، كما صرح بذلك في مقدمة كتاب النوادر والزيادات.⁽²⁸⁾

قال في المقدمة: "...فقد انتهى إلي ما رغبت فيه من جمع النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات من مسائل مالك وأصحابه، وذكرت ما كثر عليك من دواوينهم، مع رغبتك في نوادرها وفوائدها، وشرح مشكل بعضها واختلاف من الأقاويل يشتمل عليه كثير منها..."⁽²⁹⁾

والملاحظ أن اهتمامه كبير بالأدلة حيث يصدر بها مباحث كتابه الذي يعد من أهم كتب المالكية قال عنه ابن خلدون: «جمع ابن أبي زيد جميع ما في الأمهات من المسائل والخلاف والأقوال في كتاب النوادر، فاشتمل على جميع أقوال المذاهب، وفروع الأمهات كلها في هذا الكتاب»⁽³⁰⁾.

وقد اعتمد لإنجاز هذا العمل على أمهات الدواوين وقد ذكرها بقوله "وذكرت أن ما في كتاب محمد بن إبراهيم بن المواز والكتاب المستخرج من الأسمعة استخراج العتبي والكتب المسماة الواضحة، والسماع المضاف إليها المنسوبة إلى ابن حبيب والكتب المسماة المجموعة المنسوبة إلى ابن عبدوس والكتب الفقهية

من تأليف محمد بن سحنون..⁽³¹⁾ فيعتبر كتاب فقهي مقارن مذهبي حيث اشتمل على كثير من اختلاف العلماء المالكية مع ترجيح الأقوال على بعضها⁽³²⁾.

ومن الكتب كذلك التي اهتمت بالفقه المقارن المذهبي.

أولاً-التلقين: للقاضي عبد الوهاب، وقد بدأ مؤلفه هذا بأحكام العبادات وأتبعها بالأنكحة والمعاملات، ثم الجنايات فالردة والبغاة، فالحدود والقتل وسب النبي - صلى الله عليه وسلم - والعق والشهادات والتداعي والوقف والهبية، وختم كتابه بالوصايا والفرائض. وفي هذا الكتاب كثيراً ما جنح المؤلف إلى الاستدلال أثناء مناقشته آراء الأئمة، وهو ما جعله من أجود المختصرات الفقهية؛ خاصة أنه جمع بين التعيد وسلاسة الأسلوب⁽³³⁾. وهو من أقدمها في المذهب له عدة شروح منها: شرح المازري وابن بزيرة التونسي، ومحمد بن علي الأزري⁽³⁴⁾.

ثانياً-الجامع لمسائل المدونة والمختلطة وزياداتها ونظائرها وشرح لما أشكل منها: لمؤلفه أبي بكر محمد بن عبد الله بن يونس الصقلي المتوفى (451هـ)، أحد الأربعة الذين اعتمد الشيخ خليل ترجيحاتهم في مختصره⁽³⁵⁾.

ويعد كتابه هذا جامعاً لمسائل المدونة والنوادر، ويعد من أهم كتب المالكية، وعليه اعتمد من بعده، وكان يسمى "مصحف المذهب" لصحة مسائله ووثوق صاحبه، يقول عنه النابغة الغلاوي في نظمه الطليحية:

واعتمدوا الجامع لابن يونس وكان يدعى مصحفاً لكن نسي.

والملاحظ أن اهتمام ابن يونس بالأدلة في كتابه هذا كبير؛ حيث كان يصدر بها مباحثه⁽³⁶⁾.

ثالثاً- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي: لمؤلفه أبي عمر بن عبد البر. وهو مختصر من كتابه "الاستذكار الجامع لمذاهب علماء الأمصار" وقد اقتصر ابن عبد البر في هذا الكتاب على ما يسد عوز المفتي، فلم يتجاوز جمع المسائل التي هي أصول وأمّهات لما يبنى عليها من الفروع، وإن تعرض للآراء المختلفة في المذهب ورجح ما رآه أرجح. وهو من التصانيف الجليلة في فروع المذهب؛

لا اعتماد مؤلفه فيه على دواوين المذهب المالكي الموثوق بها.⁽³⁷⁾

خامساً- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل للمسائل المستخرجة من الأسمعة العتبية: لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد، وعلى عكس ما فعل المؤلف من كثرة الاستدلال بالوحيين في مقدماته وممهدياته لم يعتن بذلك في كتابه هذا، معترفاً بما قام به هناك. ويعد البيان والتحصيل أضخم الشروح الفقهية لكتب المالكية، وقد حاز مكانة عالية لدى فقهاء المالكية لشرحه مسائل العتبية كافة ومقارنتها بمسائل المدونة.⁽³⁸⁾

المبحث الثاني

اعتناء المالكية بعلم الخلاف العالي (الفقه المقارن بين المذاهب) وأهم مؤلفاته

الخلاف العالي هو الخلاف المستوعب لآراء المذاهب الأخرى، فقد اشتغل المالكية على هذا العلم، وكتبوا فيه، ولكن لم يكن مقصدهم الجدل والمحااجة على خلاف المذاهب الأخرى- خاصة الشافعية والحنفية- بل كان قصدهم معرفة الحق وتحقيق القول في الآراء الفقهية على ضوء الأدلة الشرعية.⁽³⁹⁾ وقد ألف المالكية في هذا النوع باختلاف مدارسهم، وخاصة مالكية الغرب ومالكية العراق، إلا أن مالكية الغرب الإسلامي لم يصلوا إلى حد الكثرة والشهرة التي تميز بها مالكية العراق، وذلك لأنهم كانوا يعيشون في جو كثرت فيه المذاهب الفقهية، فقد عاصروا الحنفية والشافعية وكان بينهم من المد والجزر ما كان، بالإضافة إلى أنّ البيئة العراقية كانت تزخر بنشاط عارم لكل التيارات العلمية بكل أطيافها السياسية والعقدية والفقهية والحديثية واللغوية والصوفية وغيرها، فكان من الطبيعي أن يكون ذلك الزخم الهائل من التصانيف في هذا الميدان، أما المدرسة المغاربية فكانت أقل احتضاناً للصراعات الفقهية والعقدية لسلطان المذهب المالكي واستيعابه تقريباً لكل المنطقة اللهم إلا ما نذر وقل ممن كان لا يصدع بانتسابه لغير المذهب المالكي لاسيما بلاد الأندلس التي هدد أميرها كل خارج عن المذهب بالعقاب والنكال.⁽⁴⁰⁾

إلا أنّهم سبقوا غيرهم في هذا الفن بما ألفه محمد بن سحنون من خلال كتابه الموسوم بكتاب الجوابات والذي يسمى أيضاً بكتاب الرد على الشافعي وعلى

أهل العراق ويقع في خمسة كتب⁽⁴¹⁾، وألف أبو الوليد الباجي كتابه الشهير السراج في عمل الحجاج، وهو كتاب في مسائل الخلاف كبير لم يتمه صاحبه، ويرد هذا الكتاب بعنوان آخر هو كتاب المنهاج في ترتيب الحجاج.⁽⁴²⁾

ولم يغفل كثير من علماء المغاربة عند شرحهم لمدونة سحنون مراعاة الخلاف في كثير من القضايا التي خالف فيها المالكية غيرهم، من ذلك كتاب التعليق على المدونة لابن الصائغ عبد الحميد القيرواني الذي كان يعرج على الخلاف خارج المذهب ولا يكتفي بسرد الآراء الواردة في المذهب فقط.⁽⁴³⁾

أما أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد فقد ظهر الخلاف العالي في كتابه المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية جلياً، فهو في هذا الكتاب ينظر في ميدان الخلاف العالي وينافح عن المذهب المالكي بالحجة والبرهان.⁽⁴⁴⁾

أما مالكية العراق فقد برزوا -كما قلنا- أكثر من غيرهم من المغاربة والمصريين فأعربت مؤلفاتهم عن سعة الاطلاع على نتاج ومؤلفات المذاهب الأخرى، والاقْتباس من طرقها وأساليبها، كما أنهم نشروا قواعد المذهب على غرار الأصوليين الأحناف والشافعية، ودرسوا المذهب المالكي دراسة مقارنة بالمذاهب الأخرى، ولهم في هذا فضل السبق والابتكار.⁽⁴⁵⁾

ويتضح هذا فيما خلفوه من تراث فقهي ممثلاً فيما تركه القاضي إسماعيل بن إسحاق (ت 282هـ) من مؤلفات متنوعة، وصفت بأنها أصول في فنونها، أي أنها مبتكرة لم يسبق إليها أحد بالتأليف في موضوعها. فالقاضي إسماعيل له كتاب المبسوط، وهو أهم كتاب جامع لفقهِ وترجيحات الصدر الأول للمدرسة العراقية في هذه المرحلة، إذ يعتبر مؤلفه بلغ رتبة الاجتهاد.⁽⁴⁶⁾

قال القاضي عياض مبيناً منهج القاضي إسماعيل وأثره في نصرة المذهب: "وهو أول من بسط قول مالك واحتج له وأظهره بالعراق".⁽⁴⁷⁾

ثم قال مبيناً تأثيره المنهجي على من بعده من المالكية: "وصنف في الاحتجاج له والشرح له ما صار لأهل هذا المذهب مثلاً يحتذونه وطريقاً يسلكونه".⁽⁴⁸⁾

- وتأثر بهذا المنهج والتزم به نخبة كبيرة من علماء المالكية، منهم:
- أخوه حماد بن إسحاق (ت 267هـ) الذي ألف كتبًا كثيرة، منها كتاب: (الرد على الشافعي).
 - وقاضي القضاة أبو عمر محمد بن يوسف (ت 243هـ)، الذي تفقه بآب عم أبيه القاضي إسماعيل بن إسحاق وشرح للناس كتبه في الحديث والفقه.
 - والقاضي أبو الحسن بن المنتاب البغدادي، من أصحاب القاضي إسماعيل، وتولى قضاء المدينة المنورة، وله كتاب في مسائل الخلاف والحجة لمالك.
 - وإبراهيم بن حماد (ت 323هـ) تفقه على عمه إسماعيل بن إسحاق، وألف كتاب: (اتفاق الحسن ومالك ومحمد بن كبير البغدادي (ت 305هـ)، تفقه بإسماعيل القاضي، وله كتب كثيرة منها: (في أحكام القرآن)، (الرضاع)، مسائل الخلاف.
 - وقاضي القضاة أبو الحسن عمر بن يوسف (ت 328هـ)، تفقه على أبيه وكبار أصحاب عمه إسماعيل القاضي، وله كتاب: الرد على من أنكروا إجماع أهل المدينة.
 - وأبو بكر بن الجهم (ت 329هـ) سمع إسماعيل القاضي وتفقه معه، احتج لمذهب مالك ورد على مخالفيهم، وكان له كتب منها: (الرد على محمد بن الحسن)، (بيان السنة)، (مسائل الخلاف)، (شرح المختصر الصغير) لابن عبد الحكم.
 - وبكر بن العلاء القشيري (ت 734هـ)، وهو من أهل البصرة، وانتقل إلى مصر، تفقه على كبار أصحاب القاضي إسماعيل، ويعد من كبار فقهاء المالكية، له كتب كثيرة منها: (الأحكام)، (الرد على المزني)، (الأشربة)، (أصول الفقه)، (مسائل الخلاف)، وغير ذلك كثير⁽⁴⁹⁾.

ومن خلال العرض السابق لهذه النخبة ومؤلفاتها الذين تأثروا فيها بمنهج القاضي إسماعيل، نرى أن هذا المنهج أخذ يتطور ويتعمق ويبرز تميز المسالك

الذي تمتاز به المدرسة المالكية ببغداد عن غيرها من المدارس المالكية الأخرى، في دراسة المذهب والاحتجاج له. وأدى اهتمامهم بعلم الخلاف إلى التمرس في محاوره مخالفينهم والرد عليهم، ونقض آرائهم، ومناظرتهم.

وقد تطور منهج التأليف ووصل إلى أقصى مداه بعد ذلك على يد الطبقة الموالية والتي سيكون أعلامها أساتذة وشيوخاً للقاضي عبد الوهاب البغدادي، والذي سيكون هو أيضاً متوجاً لها، ومن هؤلاء النخبة⁽⁵⁰⁾:

أولاً- أبو بكر محمد بن عبد الله الأبهري (ت 375هـ)، انتهت إليه الرئاسة في مذهب مالك، جمع بين القراءات وعلو الإسناد في الحديث والفقه، وكان أصحاب أبي حنيفة والشافعي يحتكمون إليه إذا اختلفوا في أقوال أئمتهم، وقد ذكر أنه جلس في جامع المنصور ستين سنة يدرس الناس ويفتيهم ويعلمهم السنة النبوية المطهرة، ومن مؤلفاته: في الفقه: (شرح المختصرين الكبير والصغير) لابن عبد الحكم، ويعتبر هذا الشرح من أهم الأعمال العلمية للمالكية بالعراق، وكان مدار الفقه عندهم على مختصري ابن عبد الحكم، وكتاب (مسلك الجلالة في مسند الرسالة)، وكتاب (إجماع أهل المدينة)، و(الرد على المزني)، و(الأصول)⁽⁵¹⁾.

ثانياً- أبو القاسم عبيد الله بن الجلاب (ت 378هـ)، من أحفظ أصحاب الأبهري، وله كتاب في (مسائل الخلاف) وكتاب (التفريع)⁽⁵²⁾.

ثالثاً- القاضي أبو الحسن علي بن عمر بن القصار (ت 398هـ) من كبار أصحاب الأبهري، تولى قضاء بغداده وكان أصولياً نظاراً، له كتاب (عيون الأدلة في مسائل الخلاف بين فقهاء الأمصار)، وقد نال ثناء كبيراً من العلماء حتى إن بعضهم قال: (ما ترك صاحبكم لقائل ما يقول)، وقد اختصره القاضي عبد الوهاب البغدادي، وسماه: (عيون المجالس)، وسيأتي الكلام عنه لاحقاً.

ويدل كتاب عيون الأدلة على المستوى الرفيع الذي وصل إليه علماء المالكية في ذلك الوقت في الاحتجاج لمذهبهم، سواء في الفقه أو في الأصول بإيراد الأدلة على كل آرائهم ومناقشة مختلف المذاهب الأخرى في آرائهم وأدلتهم، وما ذلك إلا لأنهم توسعوا في علم الخلاف، واطلعوا على أقوال المخالفين

ومداركهم، وتناولوها بالنقد والتمحيص، حتى وقفوا على مكامن الضعف فيها من وجهة نظر المالكية، وتسنى لهم بذلك الاعتراض عليها وتضعيفها.⁽⁵³⁾

رابعاً- القاضي أبو بكر محمد بن الطيب الباقلائي (ت 403هـ)، وهو من كبار أصحاب الأبهري، وكان إمام العلماء في أصول الدين، وأصول الفقه، من شيوخ القاضي عبد الوهاب البغدادي، وله مؤلفات كثيرة ومتنوعة، في علم الكلام وعلم أصول الفقه، وعلم الجدل، ومن مؤلفاته في غير علم الكلام: (المقنع في أصول الفقه) و(التقريب والإرشاد في أصول الفقه)، و(أمالي إجماع أهل المدينة)، و(شرح أدب الجدل) وغير ذلك كثير.⁽⁵⁴⁾

خامساً- القاضي أبو محمد عبد الوهاب البغدادي: ولد ببغداد سنة (362هـ)، وتوفي سنة (422هـ)، وله كتب كثيرة في أكثر من فن، ولكنه برز وتفوق في تأليف الأصول والفقه المذهبي والخلاف، ومن مؤلفاته: كتاب (التلقين)، وكتاب (المعين)، وكتاب (شرح المدونة)، وكتاب (الممهد)، وكتاب (شرح رسالة ابن أبي زيد)، وكتاب (المعونة)، وكتاب (الإشراف على مسائل الخلاف)، وغير ذلك كثير. قال القاضي عياض -رحمه الله- عنه: "وألف في المذهب والخلاف والأصول توافيق بديعة مفيدة"، وإليه يرجع فضل انتشار المذهب المالكي في مصر ثانية - بعد أن درس⁽⁵⁵⁾.

كل ما سبق يبرز تميز المدرسة المالكية في العراق. ويدل على المدى الذي وصلت إليه في الاحتجاج لآراء المذهب بالأدلة العقلية والعقلية، ومناظرة علماء المذاهب الأخرى، والرد عليهم، ونقض مؤلفاتهم، مما يدل على أن هذه الحركة بلغت ذروتها في عهد القاضي عبد الوهاب، واستمرت بعد ذلك.⁽⁵⁶⁾

وفيما يلي عرض لأهم الكتب بالتفصيل وسأبدأ بأهم الكتب في هذا الفن على الإطلاق وهو كتاب "عيون الأدلة لابن القصار"، والإشراف للقاضي عبد الوهاب".

أولاً: عيون الأدلة للقاضي أبي الحسن علي بن عمر بن القصار (ت 398هـ): والكتاب عرف بأسماء عديدة منها: كتاب مسائل الخلاف، وكتاب الحجج لمذهب

مالك، وعيون المسائل، أو عيون المجالس، وعيون الأدلة في مسائل الخلاف بين فقهاء الأمصار، وهو الاسم الذي اختاره المحققون للكتاب.⁽⁵⁷⁾

ويعد كتاب عيون الأدلة أكبر مؤلف في الخلافات عند المالكية، اعتنى فيه ابن القصار بعرض مسائل الخلاف بين الإمام مالك وبين غيره من العلماء، وإيراد الأدلة عليها، ومناقشتها، وتفصيل القول فيها. متصرا لمذهب مالك بالحجة والأدلة الشرعية المفصلة، وذابا عنه، وفي ذلك يقول ابن القصار: «سألتموني - أرشدكم الله- أن أجمع لكم ما وقع إلي من الأدلة في مسائل الخلاف بين مالك بن أنس -رحمه الله- وبين من خالفه من فقهاء الأمصار -رحمة الله عليهم- وأن أبين ما علمته من الحجج في ذلك. وأنا أذكر لكم جملة من ذلك بمشيئة الله وعونه، لتعلموا أن مالكا -رحمه الله- كان موقفا في مذهبه، متبعا لكتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم، وإجماع الأمة والنظر الصحيح، وأن الله خصه بحسن الاختيار ولطيف الحكمة، وجودة الاعتبار».⁽⁵⁸⁾

وتبرز أهمية كتاب عيون الأدلة من كونه موسوعة في الخلاف الفقهي بين العلماء «استقصى فيه مؤلفه الحجج من المنقول والمعقول، واستوعب الأقاويل، وأقام الخلاف على الخصوم، وأطال النفس في استخراج العلل، وفي إيراد الاعتراض والجواب على رسم الجدليين النظائر، جامعا في كل ذلك بين جودة الاطلاع على الحديث، وحسن إيراد الاعتراض والتصحيح، مما جعله عمدة للاحقين من علماء المذهب في مجال النظر والانفصال والتعليل للمذهب والرد على خصومه».⁽⁵⁹⁾

ثانيا: الإشراف على مسائل الخلاف: للقاضي عبد الوهاب البغدادي: وقد اختلف في اسمه فقيل: "الإشراف على مسائل الخلاف"، وقيل: "الإشراف على كتب مسائل الخلاف". والثاني أثبت كما حققه الحبيب بن طاهر عندما حقق الكتاب.⁽⁶⁰⁾ والكتاب يتناول عددا كبيرا من مسائل الفقه على المذهب المالكي، مما قام فيها الخلاف بينه وبين غيره من المذاهب، وهذه المسائل موزعة على سائر الأبواب الفقهية كما يتناول الاستدلال عليها، لدعمها والإقناع بها. ولذا فإن الكتاب يصنف ضمن كتب الخلاف التي ألفها أصحاب المذاهب، وكان كل واحد

يهدف من خلال ذلك إلى إثبات المشروعية لآراء مذهبه وتوثيق صلتها بأدلتها. والقاضي في الكتاب أورد آراء المخالفين ولكن لم يذكر أدلتها، وكأنه أراد أن يكون الكتاب مرجعاً للمالكية⁽⁶¹⁾ فهو كتاب في الخلاف العالي، أراد من خلاله القاضي أن يستدل لرأي المالكية، وينافح عنها، فقد أكثر من ذكر الآثار على اختلافها واسترسل في الأقيسة والتعليقات للمذهب⁽⁶²⁾.

وقد لوحظ أن القاضي كان يقتصر في المقارنة على ذكر القول الراجح في المذهب، والرواية الصحيحة عن الإمام مالك، كما أنه لا يهتم بذكر الخلاف داخل المذهب في أغلب المسائل⁽⁶³⁾ لأنه مهتم بالمقارنة الخارجية بين المذاهب. وقد بدا اجتهاده واضحاً في المسائل التي لا يوجد فيها نص في الشريعة أو لا يوجد فيها نص عن مالك.

وفي المقارنة بين المذاهب الأخرى، لم يستدل لرأيهم بل يكتفي بذكر آرائهم فيتبين بذلك وجه المخالفة بين المالكية وغيرهم، ولكن يركز على التذليل لرأي المالكية.

فالكتاب مفيد في الخلاف العالي لذكره للمذاهب المخالفة، وآرائهم وقد كان يذكر آراء المذاهب الثلاثة المخالفة: الحنفي، والشافعي، والحنبلي، ومذاهب الصحابة والتابعين، وآراء الفرق المبتدعة كالخوارج والمعتزلة والشيعة. وبالمقابل فهو كتاب للحجاج على قول مالك، وآراء المالكية⁽⁶⁴⁾.

ثالثاً: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد: لمؤلفه الحافظ أبي عمر يوسف بن عبد البر النمري، المتوفى (463 هـ). والتمهيد وإن صنف على أنه من أعرق كتب الشروح الحديثية فإنه كذلك من أكثر الكتب الفقهية أصالة وشمولية، كما هو شأن أصله «الموطأ». ورتب ابن عبد البر كتابه ترتيب المسانيد فجاء مبوراً بطريقة الإسناد على أسماء شيوخ الإمام مالك، فجمع أحاديث كل راوٍ في مسند على حدة معتمداً في ترتيبهم على حروف المعجم، وترجم للرواة وخرج الأحاديث وشرحها لغوياً وفقهياً، وذكر آراء أهل العلم والفقه، وربط بين فروع المالكية وأصولها من الموطأ وقارنها بما ذهب إليه غيرهم من الأصول والفروع

والآراء، ورجح ما رآه أقوى من حيث الدليل. ولم يعرف التاريخ الإسلامي موسوعة حديثة أحسن من التمهيد، وذلك ما تضمنته شهادات العلماء في مختلف العصور. يقول ابن حزم: «كتاب التمهيد لصاحبه أبي عمر يوسف بن عبد البر لا أعرف في فقه الحديث مثله فضلاً عن أحسن منه»⁽⁶⁵⁾.

رابعاً: الذخيرة في الفقه: لمؤلفه شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي المتوفى سنة (684 هـ)، وقد استهله بمقدمتين؛ أولاهما: في فضل العلم، والثانية: في القواعد الأصولية والفقهية، وهي المسماة بـ (تنقيح الفصول)، وتعد اختصاراً لكتاب المحصول للرازي، بعد ذلك بدأ القرافي في ترتيب كتابه طبقاً لما دأب عليه المؤلفون، وقد اهتم فيه كثيراً بنصب الأدلة من الكتاب والسنة ترجيحاً واختياراً بكل مرونة وإنصاف وموضوعية، وقد صرح بذلك قائلاً: «وقد آثرت التنبيه على مذاهب المخالفين لنا من الأئمة الثلاثة -رحمهم الله- في كثير من المسائل تكميلاً للفائدة، ومزيداً في الاطلاع، فإن الحق ليس محصوراً في جهة، فيعلم الفقيه أي المذهبين أقرب للتحقوى وأعلق بالسبب الأقوى»⁽⁶⁶⁾ وقال: «وقد آثرت أن أجمع بين الكتب الخمسة التي عكف عليها المالكيون شرقاً وغرباً، حتى لا يفوت أحد من الناس مطلب ولا يعوزه أرب وهي المدونة والجواهر والتلغين والجلاب والرسالة»⁽⁶⁷⁾.

خامساً: القوانين الفقهية: لمؤلفه أبي القاسم محمد بن أحمد بن عبد الله بن جزي الكلبي الغرناطي المتوفى سنة (741 هـ)، وقد رتبته ترتيب ابن أبي زيد لرسالته، مستهلاً إياه بمقدمة في العقائد، وأورد بعدها قسم العبادات، ثم قسم المعاملات، ثم أورد ذلك بكتاب الفرائض والوصايا، واختتم كتابه بجامع في السير والآداب والأخلاق الإسلامية. ويعد الكتاب ملخصاً للمذهب المالكي مع نوع من المقارنة بالمذهبين الحنفي والشافعي وإشارات نادرة إلى المذهب الحنبلي ومذهب الظاهرية مركزاً على الخلاف العالي.

أما عن موضوع الكتاب فهو يتناول قوانين الأحكام الشرعية، ومسائل الفروع الفقهية على مذهب إمام المدينة: مالك بن أنس الأصبحي، وبيان كثير من أوجه الاتفاق والاختلاف الذي بينه وبين الإمام الشافعي، والإمام أبي حنيفة النعمان،

والإمام أحمد بن حنبل، هذا مع التنبيه على مذهب غيرهم من أئمة المسلمين، أمثال: سفيان الثوري، والحسن البصري، وإسحاق بن راهويه، وداود الظاهري، والأوزاعي، والليث بن سعد، وغيرهم.⁽⁶⁸⁾

وسأخصص القول وأفصل في كتاب "بداية المجتهد ونهاية المقتصد" لابن رشد لتمييزه في هذا الفن، وقد نوه به وأشاد كل من تحدث عن تصانيف ابن رشد، يقول ابن الأبار: "وله تصانيف جليلة الفائدة منها كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد في الفقه، أعطى فيه أسباب الخلاف، وعلل فوجه فأفاد وأمتع به ولا يعلم في فنه أمتع منه ولا أحسن مساقاً".⁽⁶⁹⁾ حيث ضمنه مسائل شملت جميع أبواب الفقه من الطهارة إلى الجهاد والحدود، اقتصر فيها على ذكر المسائل المختلف فيها بين المذاهب الأربعة، وحتى المذاهب المندثرة كمذهب الليث وأبي ثور والأوزاعي، والطبري... وكما ذكر آراء الشيعة، والخوارج، والمعتزلة، ونبه على أدلتها ولو إجمالاً.

ولم يبرز في الكتاب بتاتا أنه كتاب للحجاج عن المالكية، حيث التزم الحياض في عرض الآراء وربطها بأدلتها ببيان سبب الخلاف فيها، والراجح منها. فقد أبان الكتاب على عقلية فريدة لابن رشد حيث رغم مالكيته، إلا أنه أراد معرفة الحق والصواب في الآراء المختلف فيها بالنظر إلى أسباب الاختلاف، وهذا ما قاده إلى الترجيح في الكثير من الأحيان، فلم يتعصب لرأي المالكية ولا دافع عنهم، بل تعصب للحق، وبينه بأدلة العقلية والنقلية، فكان بحق موسوعة فقهية مقارنة، فاقت كل مؤلفات المالكية وغيرها في فقه الخلاف.⁽⁷⁰⁾

فكان بهذا المؤلف قد فتح باب الاجتهاد من جديد، للمالكية وغيرهم، ودعا إليه، بالدعوة إلى الإطلاع على أدلة المذاهب ومناقشتها والرد عليها، ثم إن أمكن إبداء الراجح منها.

وقد أصل لشيء مهم في الفقه الإسلامي، وهو أنه لا حرج للاختلاف والتغاير فهو رحمة وحق، ولكن اتباع الدليل أولى إذا ظهر وتبين، كما إنه أصل لشيء آخر وفائدة هامة وهي ضرورة التعليل والنظر في الأسباب وما ذلك إلا لمعرفة الحكمة والمصلحة من تشريع الحكم، وليس الأمر محكوماً بالأهواء والآراء المجانبة

للعقل. وهذه بعض الأمثلة :

1- حكم النية في الوضوء هل هي شرط صحة أم لا؟

أورد فيها مذهب القائلين بأنها شرط صحة وهم مالك والشافعي وأبو ثور و أحمد بن حنبل وداوود الظاهري، ودليلهم على ذلك أن الوضوء عبادة محضة، فلا يصح إلا بالنية.

ثم أورد مذهب القائلين بعدم شرطيتها، ومنهم أبو حنيفة والثوري، ومسندهم في ذلك أن الوضوء ليس عبادة محضة وإنما هو متردد بين العبادة والطهارة فقد يكون القصد منه العبادة كالصلاة فيكون عبادة، وقد يراد به الطهارة فيكون طهارة فحسب، وكل ما كان متردداً بين العبادة وغيرها تسقط منه النية كشرط صحة.⁽⁷¹⁾

يجمع ابن رشد بين هذين المذهبين المتعارضين برأي وسط، فيقول: "والفقه أن ينظر بأيهما هو أقوى شهما فيلحق به"⁽⁷²⁾

ومعنى هذا أن المتوضى إذا قصد العبادة تعينت عليه النية، وإذا قصد الطهارة سقطت، وهو اجتهاد منظور فيه إلى المعقولة ولذلك قال "والفقه..."⁽⁷³⁾

2- حكم الرجلين في الوضوء أهو الغسل أم المسح؟

وبعد أن يذكر الخلاف بين المذاهب ويصوره، ويذكر الأدلة يرجح بناء على العقل فيقول: "والغسل أشد مناسبة للقدمين من المسح، كما أن المسح أشد مناسبة للرأس من الغسل، إذ كان القدمان لا ينقى دنسهما غالباً إلا بالغسل، وينقى دنس الرأس بالمسح، والمصالح المعقولة لا يمتنع أن تكون أسباباً للعبادات المفروضة"⁽⁷⁴⁾

أما منهجية الاختيار و الترجيح عنده فيمكن إجمالها في :

1. الجمع بين الآراء ما أمكن كمسألة النية في الوضوء.

2. الترجيح بين الأدلة والنظر في ذلك مصلحياً ومقاصدياً (كمسألة غسل الرجلين)، ومسألة (استعمال الماء الذي خالطته نجاسة)

3. تساقط الأقوال لأن الأمر لا مصلحة في ذكره، أو أنه من المعفو عنه والمسكوت عنه - كمسألة المسح على الخف المخروق.

4. تصحيح أقوال العلماء، وإرجاع المسألة إلى أصلها والمقصود منها - كمسألة: غسل اليدين قبل إدخالهما في الإناء، فالمقصود منها هو طهارة الماء لا طهارة اليد كما أفتى كل المذاهب.

5. التوقف في المسألة بعد حكاية الخلاف إذا لم يظهر دليل الترجيح. كتوقفه في المقدار الواجب مسحه من الرأس، وكأنه يصحح المذاهب كلها، والتوقف في مسألة إدخال المرافق في الوضوء، وكأنه كذلك يصحح المذاهب كلها لأنه لم يظهر وجه الصواب كما قال في مسألة إدخال المرافق "والمسألة محتملة كما ترى...".⁽⁷⁵⁾ أي تكافؤ الأدلة.

والملاحظة أنه دائما يحكم عقله في الاجتهاد والنظر وذلك بارز من خلال ترجيحاته، ولكن يجب تأكيد أنه دائما يضبط هذا النظر بأصول الشريعة ومقاصدها.

وبذلك فإني أرى أن جذور الفقه المقاصدي ظهرت في كتاب ابن رشد المالكي، لأن المتصفح له يجد أنه دائما كان يبحث عن العلة ووجه المصلحة في الأمر.

كما أن قواعد أصول الفقه قد برزت وبقوة في فقهه، فكان لا يكفي بذكر المطلب، دون تخريجه على أصوله، [حتى الحكم على الأحاديث كان يقبلها مقاصدياً أو يرفضها لذلك].

وقد أخذ بقول المالكية بترك الحديث إذا خالفه القياس كمسألة التوقيت في المسح على الخفين، فقد أخذ بحديث أبي عماره⁽⁷⁶⁾ لموافقته للقياس رغم تضعيف أهل الحديث له.

على أن منهجية المقارنة الفقهية لم تقتصر على كتب الفروع بل ظهرت كذلك في كتب شروح الحديث وأحكامه، وكتب أحكام القرآن وتفسيره⁽⁷⁷⁾.

أي أنّ هذه الكتب أي مؤلفات شروح الحديث وأحكامه من مؤلفات الفقه المقارن عند المالكية، إذ تبوّأت مكانة مرموقة في بيان أقوال العلماء وأدلتهم، وقد بدأت هذه الشروح على موطأ الإمام مالك، حيث كثرت المؤلفات عليه، وتنوعت بين المبسوطة والمختصرة والمتوسطة، وقد ساد المغاربة والأندلسيين غيرهم فيها ولعل أهمها: كتاب التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد لأبي عمرو ابن عبد البر السابق ذكره.⁽⁷⁸⁾

وقد اختلفت منهجية عرض الخلاف في هذه المؤلفات بين المتقدمين والمتأخرين، فبينما نجد المتقدمين يميلون للجدل والمنافحة عن المذهب، نجد المتأخرين ابتعدوا عن ذلك وكانوا أكثر إنصافاً ومقارنة.

فمن المتقدمين والذين ساروا على المنهجية الجدلية نجد:

1- القاضي إسماعيل بن إسحاق الأزدي (ت 282 هـ)، في كتابه أحكام القرآن، حيث يعد كتابه من أجود المؤلفات المالكية الأولى في الأحكام، قال القاضي عياض: "وهو كتاب لم يسبقه إليه أحد من أصحابه".⁽⁷⁹⁾

2- تلميذه بكر بن العلاء (ت 344 هـ)، له كتاب أحكام القرآن مختصر من كتاب إسماعيل قاضي، وقد أضاف فيه ودافع عن المذهب وأجاد.⁽⁸⁰⁾

3- أبو بكر ابن خويز منداد البصري (ت 390 هـ)، له كتاب نفيس في أحكام القرآن، وقد نقل عنه ابن العربي كثيراً، وأبي عبد الله القرطبي وابن عبد البر في التمهيد، وقد جمع تفسيره مؤخرًا بكلية الآداب بفاس.⁽⁸¹⁾

4- ابن سحنون (ت 256 هـ)، له كتاب في أحكام القرآن له أهميته.⁽⁸²⁾

وقد برزت هذه المنهجية بقوة في كتبهم حيث دافعوا عن المذهب، ووهنوا رأي المخالفين بنفس أهل الجدل الخلافيين.⁽⁸³⁾

ومن المتأخرين والذين تركوا هذه الطريقة:

1- ابن العربي (ت 543 هـ) في كتابه أحكام القرآن.

2- ابن الفرس (ت 599 هـ) في كتابه أحكام القرآن.

فبالرغم من دفاعهما عن المذهب في فصول كتابيهما، ورددهما على المخالف، فإن حالهم في ذلك مختلف كثيرا عن حال المتقدمين، فابن الفرس يستعرض كثيرا أسباب اختلاف الفقهاء في تأويل آيات الأحكام، وهو ما لا نكاد نعثر عليه في المؤلفات والنقول المتقدمة.⁽⁸⁴⁾

كما أن ابن العربي وإن كان مجادل المالكية النحرير والذباب المناصر عن مذهبهم في كتبهم عموما، وأحكام القرآن خصوصا، فقد لاحظنا أنه ينصف المذاهب الأخرى إنصافا، ويشيد باستخراجات فحول أئمتها وحسن استنباطهم، بل ويرد على المالكية أنفسهم مرات عديدة.⁽⁸⁵⁾

وكذلك أبو عبد الله القرطبي (ت671هـ)، في كتابه الجامع لأحكام القرآن، الذي يعد خاتمة مؤلفات المالكية في هذا الباب، فهو أكثر وضوحا في الاتجاه المقارن والمنصف الذي استقرت عليه مؤلفات أحكام القرآن عند المتأخرين بحيث يجمع بشكل فريد بين المقارنة وبين توضيح حجج المذهب ومنازعه.⁽⁸⁶⁾

مع أن هذا العلم كذلك قد تطور مع ظهور كتب النوازل والفتاوى، حيث اعتمد أصحابها على الترجيح بين الآراء والاختيار من الأقوال بناء على مراعاة واقع الناس ومصالحهم وأعرافهم وحاجاتهم... وبذلك ساهمت هذه الترجمات والتي كانت ترجيحاً قوية بين آراء المذهب وبين آراء المذاهب الأخرى في توسيع المذهب والاجتهاد فيه، ولم يكن المالكية متعصبون فقط فهم أهل النظر والتطبيق دائما.

ولكن ما ميز المالكية هو اعتناؤهم أولا بالمتن وعدم الخروج عنه، وتوسيعه بالنظر إلى الواقع ومعالجته، ولذلك جمع المذهب المالكي بين التأصيل والتفريع وهذا ما ساهم في انتشاره واتساعه أكثر.⁽⁸⁷⁾

وفي الكتب السابقة برزت عند المالكية ثلاثة مناهج في التأليف في الخلاف العالي وهي:

1- المنهج الجدلي الحجاجي: والمرجع فيه مالكية العراق، حيث انتصبوا للدفاع عن مذهب مالك في مقابل المذاهب الأخرى.

2- المنهج التأصيلي: والمرجع فيه مالكية مصر والقيروان، حيث طوروا علم الخلاف واهتموا بعرض الأدلة وأصول مالك.

3- المنهج الأثري: والمرجع ابن عبد البر في كتابه التمهيد والاستذكار، حيث كان يرجح بناء على صحة الحديث وسنده، فقد خالف المالكية ونازعهم في عشرات المسائل حتى قيل قد خالف المالكية في أربعين مسألة في ربع العبادات فقط.⁽⁸⁸⁾

خاتمة

ومن خلال هذا البحث يبدو واضحا وجليا مدى اهتمام المالكية بعلم الخلاف والتأليف فيه، بحيث لم ينغلق المالكية على آراء إمامهم دون اجتهاد- وخاصة المتأخرين منهم- ودون النظر إلى علة الحكم، وتغير الظروف والمناسبات، والأعراف والمصالح، فقد كان المالكية أبرع الناس في الاختيار والترجيح، وعدم التعصب، فالخلاف واقع لا محالة وهو رحمة، ولكن التعصب دائما هو المذموم، وربما اعتنى متقدمو المالكية برأي إمامهم أكثر لكونه متبعا للأثر في مقابل أهل العراق من الحنفية، الذين انفتحوا على الرأي وتوسعوا فيه، ولكن المتأخرين أبدوا براعة في المقارنة وترجيح ما يدل عليه الدليل والمصلحة، ولو كان رأي غيرهم.

وفي ذلك أوصي مالكية القرن الواحد والعشرين بأن يسيروا على منهج مجتهدهم في المذهب، ويقارنوا آراء المالكية بغيرهم، وينظروا إلى الراجح منها بناء على قوة الدليل وما يحقق المقصد، فليس المقصود من كوننا مالكيين اتباع رأي الإمام دون دليل، فقد خالفه صحابته من بعده، وفي ذلك توسيع للمذهب ولمرجعيتنا السنية.

ويمكن أن أسهم ببعض المنهجية:

أولا- علينا دراسة الخلاف داخل المذهب، ومعرفة الراجح والمشهور من الآراء، وذلك لرد الأقوال الضعيفة في المذهب.

ثانيا- ثم دراسة هذه الأقوال دراسة مقارنة مع غيرها من أقوال المذاهب الأخرى، والوقوف على أدلتها.

ثالثاً- مقارنة الآراء الراجحة مع أقوال المعاصرين والرد عليها، خاصة المتشددين منهم.

رابعاً- النظر عند الترجيح إلى تغير الحال والزمان، والظروف، وذلك بمراعاة الأعراف المستجدة، والمصالح المتغيرة.

وهذا هو الحل- بإذن الله تعالى- الذي نحفظ به مرجعيتنا المعتدلة ونحتمي بها.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

الهوامش:

- (1) انظر: ابن منظور- لسان العرب- تحقيق: عبد الله علي الكبير ومحمد أحمد حسب الله وهاشم محمد الشاذلي- مج5- ج38- ط- دار المعارف- دت- القاهرة- مادة "فقه"- ص3450.
- (2) سيف الدين الأمدي- الإحكام في أصول الأحكام- ج1- ط2- دار الكتاب العربي- 1986م- بيروت- ص5.
- (3) عمر سليمان الأشقر، تاريخ الفقه الإسلامي، ط3، دار النفائس، الأردن، مكتبة الفلاح، الكويت، 1991م، ص16 فما بعدها.
- (4) انظر: حسن السيد حامد- من ضوابط تجديد الفقه الإسلامي- دراسة تطبيقية- مجلة كلية الآداب- المنوبية- العدد61- السنة2007م.
- (5) محمد الزحيلي- الفقه المقارن وضوابطه- على موقع: www.taddart.org يوم: 01. جانفي 2014م.
- (6) انظر: ابن منظور- المصدر السابق- مج5- ج40- مادة "قرن"- ص3611.
- (7) فتحي الدريني- بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله- ج2- ط2- مؤسسة الرسالة- 1429ه=2009م- بيروت- ص(23).
- (8) محمد تقي الحكيم- الأصول العامة للفقه المقارن- ط2- مؤسسة آل البيت- 1979م- قم- ص(13).
- (9) انظر: سليمان الأشقر وآخرون- مسائل في الفقه المقارن- ط2- دار النفائس- 1418ه=1997م- الأردن- ص(11).
- (10) فتحي الدريني- بحوث مقارنة- المرجع السابق- ج1- ص(18-19). وانظر: عبد العظيم المطعن- الفقه الاجتهادي بين عبقرية السلف وماخذ ناقيده- مكتبة وهبة- القاهرة- ص(49).
- (11) حاجي خليفة- كشف الظنون- ج1- دار الفكر- بيروت- ص(472).
- (12) محمد الزحيلي- الفقه المقارن وضوابطه- البحث السابق- موقع: www.taddart.org.

- (13) ابن خلدون-المقدمة- تحقيق: عبد الله محمد الدرويش- ج 02- ط 1- د.د-1425 هـ = 2004م- د.م- ص (203-204).
- (14) صاحب محمد حسين نصار-المقارنة والفقہ المقارن (تأريخ وأهداف)-مجلة الفقه المقارن-مركز التجديد للدراسات الدينية المقارنة-ع 1-2013م-ص (63).
- (15) الأشقر وآخرون- مسائل في الفقه المقارن-المرجع السابق- ص (13-14).
- (16) محيي الدين بن شرف النووي-المجموع شرح المذهب- تحقيق: محمد نجيب المطيعي- ج (1)- دط- مكتبة الرشد- دت- جدة- ص (19).
- (17) ينظر: الأشقر وآخرون- المرجع السابق- ص (13-14). بتصرف.
- (18) الأشقر- تاريخ الفقه الإسلامي- المرجع السابق، ص (181-182).
- (19) صاحب محمد حسين نصار-المقارنة والفقہ المقارن (تأريخ وأهداف)-المقالة السابقة- ص (63).
- (20) ومعنى الجدل الفقهي: هو ذكر الخلاف لنصرة المذهب أو الدفاع عن مذهب معين ودفع اعتراضات الخصوم عليه ككتاب تهذيب المسالك في نصره مذهب الإمام مالك.
- (21) ملخص كتاب: المستوعب لتاريخ الخلاف العالي ومناهجه عند المالكية للمؤلف: محمد العلمي على موقع: مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث- الرابطة المحمدية لعلماء المملكة المغربية: www.almarkaz.ma
- (22) صحراوي خلواتي- خصائص المدرسة المغربية المالكية- على موقع: <http://www.feqweb.com>
- (23) ميكوش موراني- دراسات في مصادر الفقه المالكي- ترجمة: سعيد بحيري وعمر صابر عبد الجليل ومحمود رشاد حنفي- دار الغرب الإسلامي- بيروت- ط 1- 1988م- ص (62).
- (24) المرجع نفسه- ص (63). وانظر: أبو عاصم بشير بن بشير بن عمر- مصادر الفقه المالكي أصولاً وفروعاً في المشرق والمغرب قديماً وحديثاً- ط 1- دار ابن حزم- 1429 هـ = 2008م- بيروت- ص (46).
- (25) المرجع نفسه- ص (118).
- (26) محمد إبراهيم علي- اصطلاح المذهب عند المالكية- - دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث- دبي- الإمارات العربية- ط 2- 2002م- ص (124).
- (27) دراسات في مصادر الفقه المالكي-المصدر السابق- ص (63).
- (28) انظر: ابن أبي زيد القيرواني- النوادر والزيادات على مافي المدونة من غيرها من الأمهات- تحقيق: محمد الأمين بوخبزة- ج (1)- دط- دار الغرب الإسلامي- دت- ص (11).
- (29) المصدر نفسه- ص (05).
- (30) ابن خلدون-المقدمة-المصدر السابق- ص (194).
- (31) المصدر نفسه- ص (10). وصحراوي خلواتي-خصائص المدرسة المغربية المالكية- المقالة السابقة.
- (32) أبو عاصم البشير بن عمر- مصادر الفقه المالكي- المرجع السابق- ص (45).

- (33) طبع عدة طبعات منها: طبعة دار الكتب العلمية- 2004م- بتحقيق: محمد أبو خبزة وعبد الله العمراني.
- (34) مصادر الفقه المالكي- المرجع السابق- ص(21).
- (35) صحراوي خلواتي- خصائص المدرسة المغربية المالكية-المقالة السابقة. وانظر: محمد بن الحسن الحجوي-الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي-ج2-ط1-المكتبة العلمية-1396ه-المدينة المنورة-ص(210).
- (36) الكتاب حقق من طرف عشرة باحثين حصلوا به على درجة الدكتوراه وطبع لأول مرة بدبي. انظر: مصادر الفقه المالكي- المرجع السابق- ص(21)
- (37) وانظر: ابن عبد البر- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي- ط2- دار الكتب العلمية- 1413ه=1992م-بيروت. و محمد بن يعيش- ابن عبد البر حياته وآثاره- وزارة الأوقاف- المغرب.
- (38) انظر: ابن رشد- البيان والتنصيل-تحقيق: محمد حجي- ط2- دار الغرب الإسلامي- 1408ه=1988م-بيروت.
- (39) ملخص كتاب: المستوعب لتاريخ الخلاف العالي ومناهجه عند المالكية -محمد العلمي- على موقع: www.almarkaz.ma
- (40) انظر المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب- أحمد بن يحيى الوئشريسي- تحقيق: محمد حجي- دار الغرب الإسلامي- 1981م- ج(12)-ص(26). وانظر: تطور المذهب المالكي في المغرب الإسلامي حتى نهاية العصر المرابطي- محمد بن حسن الشرحبيلي- مطبعة فضالة- المغرب- ط1- 2000م- ص(188).
- (41) انظر: ميكلوش موراني- دراسات في مصادر الفقه المالكي- المصدر السابق- ص(164).
- (42) انظر: محمد إبراهيم علي- اصطلاح المذهب عند المالكية- المصدر السابق- ص(307).
- (43) المرجع السابق- ص(312)، وانظر شجرة النور الزكية في طبقات المالكية-محمد بن محمد مخلوف- دار الفكر- بيروت- لبنان- ط1- ج(1)-ص(117).
- (44) انظر: صحراوي خلواتي- خصائص المدرسة المغربية المالكية- على موقع: <http://www.feqweb.com> وانظر: اصطلاح المذهب- ص(318). ومصادر الفقه المالكي- المرجع السابق- ص(41). والكتاب طبع عدة طبعات منها طبعة دار الغرب الإسلامي- 1988م. ودار الكتب العلمية- 2002م.
- (45) محمد حسين قنديل- السمات الأساسية للمدرسة المالكية بالعراق ومظاهر الالتقاء والافتراق بينها وبين المدارس المالكية الأخرى- بحث ألقى في ملتقى القاضي عبد الوهاب المالكي- 1422ه=2002م- دبي.
- (46) انظر: اصطلاح المذهب عند المالكية- ص(154) وانظر: جمال عزون الجزائري- اسماعيل بن اسحاق القاضي -حياته وفقهه- رسالة دكتوراه- الجامعة المنورة- 1318ه- وانظر: أبو عاصم البشير- مصادر الفقه المالكي- المرجع السابق- ص(47).

- (47) القاضي عياض-ترتيب المدارك-تصحيح:محمد سالم هاشم-ج01-ط1-دار الكتب العلمية-1418ه=1998م-بيروت-ص(464).
- (48) المصدر السابق-ص(464).
- (49) محمد حسين قنديل- السمات الأساسية للمدرسة المالكية بالعراق -البحث السابق. وانظر:مصادر الفقه المالكي- المرجع السابق- فقد ذكر مصادر أخرى في فقه الخلاف المالكي-ص(160-161)
- (50) محمد حسين قنديل- البحث السابق.
- (51) نفسه.
- (52) طبع من طرف دار الغرب الإسلامي-1987م- بتحقيق: حسن بن سالم الدهماني وانظر: كتاب العمر- ج 01- ص(156) ومصادر الفقه المالكي- ص(22).
- (53) سيأتي الكلام عليه.
- (54) محمد حسين قنديل- البحث السابق.
- (55) نفسه.
- (56) نفسه
- (57) فاتحة الأنصاري-نقلا عن أحمد المغراوي- أطروحة دكتوراه-المغرب-ج(1)-ص(52).
- (58) مقدمة الأصول لابن القصار- بتحقيق: محمد السليمان-ص(3). وانظر: مقال: فاتحة الأنصاري- مسائل الخلاف بين علماء الأمصار لأبي الحسين القصار- على موقع: www.almarkaz.ma.
- (59) محمد العلمي- الدليل التاريخي لمؤلفات المذهب المالكي- الرابطة المحمدية للعلماء- سلسلة دلائل ومعاجم وموسوعات- المملكة المغربية- مركز البحوث والدراسات في الفقه المالكي- ط 1- 1433 هـ = 2012م- الرباط- ص (276).
- (60) الحبيب بن طاهر - الإشراف على نكت مسائل الخلاف - للقاضي عبد الوهاب البغدادي - ج 1 - ط 1 - دار ابن حزم - 1420 هـ. 1999 - بيروت - ص(87) فما بعدها .
- (61) المرجع نفسه- ص 90 .
- (62) المرجع نفسه- ص 90- بتصرف - .
- (63) الحبيب بن طاهر - المصدر السابق - ص 91 .
- (64) المرجع نفسه - بتصرف -
- (65) مقالة: تواليف مالكية مهمة على موقع: www.feqhweb.com وانظر: التمهيد-ابن عبد البر- تحقيق:مصطفى بن أحمد العلوي ومحمد عبد الكبير البكري-ط-1387ه=1967م-د.د- د.م .
- (66) انظر: شهاب الدين القرافي-الذخيرة- تحقيق:محمد حجي-ج1-ط1-دار الغرب الإسلامي-1994م-ص(37-38).
- (67) نفسه-ص(36).
- (68) مقالة: تواليف مالكية مهمة-كتاب القوانين الفقهية على موقع: www.feqhweb.com وانظر: مصادر الفقه المالكي- المرجع السابق-ص(196-197).

- (69) محمد بن عبد الله بن الأبار - التكملة لكتاب الصلوة - دط - نشر السيد عزت العطار الحسيني - ج 1 - 1375هـ = 1956م - دم - ص 271.
- (70) وقد قيل إن سبب تأليفه للكتاب هو ما رآه في الأندلس من تصلب المالكية وتعصبهم لأراء إمامهم، وكان عقليا يميل للعقل، فأراد أن يروج للمذاهب المنفتحة على العقل، كالمذهب الحنفي، من يسرب من خلالها آراءه واجتهاده الذي ينحو فيه منحى التفلسف، وبذلك يضعف من سلطان المذهب المالكي في الأندلس والمغرب. [انظر: حمادي العبيدي - ابن رشد الحفيد (حياته، علمه، فقهه) - دط - الدار العربية للكتاب - 1984م - دم - ص (117)].
- يقول الدكتور إبراهيم مذكور في الغرض الحقيقي الذي حدا بابن رشد على تأليف كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد وحاول تقويض صرح المالكية بإشاعة أصول المذاهب الاجتهادية الأخرى، وجعلها على قدم المساواة وتلك جرأة في بيئة عرفت بالتقليد والمحافظة الشديدة فلم يسلم من تعصبها و تحاملها عليه "انظر المؤلف - في الفلسفة الاسلامية - ج (02) - ص (84).
- (71) حمادي العبيدي - المرجع السابق - ص (119)، وابن رشد - بداية المجتهد - ج 1 - ط 6 - دار المعرفة - 1402هـ = 1982م - دم - ص (08-09).
- (72) انظر: بداية المجتهد - ج (1) - ص (09).
- (73) حمادي - المرجع السابق - ص (120).
- (74) ابن رشد - المصدر السابق - ص (16).
- (75) ابن رشد - المصدر السابق - ص (12)، وانظر حمادي العبيدي - السابق - ص (119) - 126.
- (76) حديث أبي عمارة في ترك التوقيت، وقد أخذ به وترك الأحاديث الأخرى الصحيحة لعدم موافقتها القياس، وهو كون التوقيت غير مؤثر في نقض الطهارة إلا أن النواقض هي الأحداث [انظر: ابن رشد - ج (01) - ص (20-21)]
- (77) العلمي - المرجع السابق - ص (193).
- (78) نفسه - ص (203).
- (79) القاضي عياض - ترتيب المدارك - المصدر السابق - ج (2) - ص (192).
- (80) المصدر نفسه - ج (5) - ص (271). والعلمي - ص (195).
- (81) العلمي - المرجع السابق - ص (194).
- (82) انظر: - القاضي عياض - المصدر السابق - ص (190).
- (83) العلمي - المرجع السابق - ص (194).
- (84) نفسه - ص (193).
- (85) نفسه - ص (193).
- (86) نفسه.
- (87) المرجع السابق - ص (193).
- (88) نفسه - ص (192).

ضوابط التمييز بين المخارج المشروعة والحيل الممنوعة

بقلم

د / عبد القادر جعفر *



الملخص

يعرض للمسلم أحوال من الضيق والحرَج في أعماله ومكاسبه ما يدعوهُ إلى ابتغاء مخرج مما هو فيه. إلا أن هذا المخرج قد يكون مخرجا مشروعا وقد يكون تحايلا ممنوعا، وقد يشته عليه هذا بذلك حقيقة، وقد يفتعل ذلك كأن يسعى في إلحاق الممنوع بالمشروع تليسا على نفسه وعلى من يتابع أمره. ومن هنا جاءت الإشكالية التالية: ما حقيقة كل من المخارج المشروعة والحيل الممنوعة؟ وما ضوابط التمييز بينهما؟ وما أمثلة ذلك؟ يأتي هذا البحث - وفق منهج الوصف والتحليل - ليجيب على هذه الإشكالية في مطلبين: الأول في حقيقة المخارج المشروعة والحيل الممنوعة. والثاني في الفروق بين المخارج المشروعة والحيل الممنوعة وضوابط التمييز بينها. ويصل البحث إلى أن كل طريق مشروع يترتب على سلوكه تحقيق مقاصد الشارع من فعل ما أمر الله به واجتناب ما نهى الله عنه وإقامة الحق وقمع الباطل فهذا مخرج مشروع. وأن كل طريق يترتب عليه إبطال مقاصد الشارع أو العبث بها كإسقاط الواجبات وارتكاب المحرمات وقلب الحق باطلا والباطل حقا فهو حيلة ممنوعة.

مقدمة

يعرض للمسلم أحوال لا يتيسر له فيها التزام أحكام شريعة ربه ﷻ، فربما أعرض عن المخالفة الشرعية وترك ما يمكن أن يكون سببا فيها، فيترك التوسع في الرزق إذا كان بطريق غير شرعي، وربما وجد مخرجا مشروعا فسلكه، وربما لم يجد فسلك طريق التحايل لفعل الحرام بلبوس ظاهره الحلّ والجواز، لتحرجه من

* أستاذ محاضر - شعبة العلوم الإسلامية - جامعة غرداية - الجزائر

فعل المحرم الصريح أمام من يحرص على أن يظهر أمامهم بمظهر المتدين. ولا غرو أن بعض الوسائل والطرق قد يشتهب أمرها على العبد إن كانت من المخارج المشروعة، أو هي من الحيل الممنوعة، وهذا الاشتباه قد يكون حقيقياً، وقد يكون مفتعلاً كأن يسعى العبد في إلحاق الممنوع بالمشروع تليسا على نفسه وعلى من يتابع أمره.

ولهذا نصل إلى الإشكالية التالية: ما حقيقة كل من المخارج المشروعة و الحيل الممنوعة؟ وما ضوابط التمييز بينهما؟ وما أمثلة ذلك؟ يأتي هذا البحث - وفق منهج الوصف والتحليل - ليجيب على هذه الإشكالية في مطلبين:

المطلب الأول: حقيقة المخارج المشروعة والحيل الممنوعة.
المطلب الثاني: الفروق بين المخارج المشروعة و الحيل الممنوعة وضوابط التمييز بينها.

المطلب الأول

حقيقة المخارج المشروعة والحيل الممنوعة

المسألة الأولى: المخارج المشروعة وأدلة شرعيتها:
أولاً: تعريفها:
المخارج لغة: جمع مخرج، وهو موضع الخروج. ويقال: وجدت للأمر مخرجاً مخلصاً¹.
واصطلاحاً: هي: "كُلُّ ما يتوصل به إلى الخروج من الضيق والحرَج بوجه شرعي سائغ"².
ووصفت المخارج بكونها مشروعة لعدم مخالفتها الشرع؛ خلافاً للحيل الممنوعة.

ثالثاً: أدلة شرعيتها:

دلّ على شرعية المخارج من المضايق التي تعرض للعبد أدلة وعلل منها:
1- عموم قوله ﷺ: «وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجاً» [الطلاق: 2]. أي: مخرجاً ممّا ضاق على الناس³.

- 2- أدلة منع الضرر ووجوب إزالته، ومنها:
- حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا ضرر ولا ضرار، من ضارَّ ضاره الله ومن شاقَّ شاقَّ الله عليه»⁴.
- قواعد الضرر ومنها: "الضرر يدفع بقدر الإمكان"، و "إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما". وغيرهما.
- 3- أدلة شرعية المعاريض وهي نوع من المخارج، ومنها ما يأتي في نماذج المخارج المشروعة.

المسألة الثانية: الحيل الممنوعة حقيقتها وأمثلتها وأنواعها:

منعت شريعة الإسلام فعل المحظور سواء على وجه المعاندة أم على وجه التَّحَايِل:

فأما على وجه المعاندة؛ فهو فعل المحظور تحدياً واستهانة. ولا يفعل ذلك إلا فاقد الإيمان، كما يفعل بعض الناس الذين لا يُلْقُونَ بَأْلاً لأحكام الشريعة، ولا يلتفتون إليها في معاملاتهم.

وأما على وجه التحيل؛ فهو اتِّخَاذُ المتحِيلِ فعلاً ظاهراً مشروعاً لتحقيق مقصد غير المقصد الذي شرع له ذلك الفعل، خشية إطلاع الناس على مراده غير المشروع، فيلجأ إلى التحايل وإظهار التدبُّن.

أولاً: تعريف الحيل:

1- الاحتيال والحيلة في اللغة: الحِدْقُ وجودة النظر، والقدرة على دقة التصرف في الأمور والتخلُّص من المعضلات⁵.

كما يراد بالحيلة: سلوك الطرق الخفية التي يتوصل بها الرجل إلى حصول غَرَضِهِ، بحيث لا يَتَفَتَّنُ له إلا بنوع من الذكاء والفتنة، سواء كان الغرض مشروعاً أم ممنوعاً⁶.

بينما يوصف الاحتيال عادة بالذم لما فيه من غش وخداع؛ و يكون غالباً في الأموال.

2- الحيلة في الاصطلاح:

عُرِّفَت الحيلة بتعريفات متقاربة، خلاصتها أن الحيلة هي⁷: القيام بعمل مشروع ليتوصل به إلى أمر محرّم يبطنه، بطريق خفيٍّ، مناقض في مقصوده لمقصود

الشارع منه.

وهذا التعريف الاصطلاحي فيه تقييد للحيلة بالنوع المذموم منها. وهو المراد في هذا المقام، خصوصاً وقد غلب استعمال الحيلة في التوصل إلى الغرض الممنوع منه شرعاً، أو عقلاً، أو عادة، حتى إنَّ من عرف به بين الناس وُصف بكونه مُتَحَيِّلاً، أو من أرباب الحيل⁸.

يقول الإمام الشاطبي -رحمه الله-: "إذا تسبَّب المكلَّف في إسقاط ذلك الوجوب عن نفسه أو في إباحة ذلك المحرَّم عليه بوجه من وجوه التسبُّب حتى يصير ذلك الواجب غير واجب في الظاهر أو المحرَّم حلالاً في الظاهر أيضاً؛ فهذا التسبب يُسمَّى حيلة وتَحْيِلاً"⁹.

وبالنظر في التعريف تكون العناصر المكوِّنة للحيلة هي:

- 1- القيام بالعمل المشروع الذي ظاهره الجواز؛ ليتخذ الشرع غطاءً لمراده، سواء في التسمية أم في الصورة.
- 2- إبطان قصد الوصول إلى ما يخالف الشرع، حكماً ومقصداً، ويعرف ذلك بالعادة وقرائن الأحوال.
- 3- سلوك الطريق الخفية في الوصول إلى المقصود؛ بحيث لا يتفطن لها إلا بنوع من الذكاء والفتنة.

ثانياً: أمثلة الحيل الممنوعة:

- 1- الاحتيال لحلِّ مطلقة ثلاثاً بنكاح صوري، هو نكاح التحليل.
- 2- الاحتيال لإسقاط الزكاة بالتصرُّف في المال بما ينقصه عن النصاب.
- 3- أن يعقد قرضاً بلا فائدة، ويكون معه بيع فيه محاباة في الثمن للمقرض، أو يكون معه رهن، فيتتفع المقرض بشمراته.
- 4- أن يدَّعي أنه يبيع بالأجل، وحقيقته أنه مقرض بفائدة، بحيث لا يزيد عمله على أن يدفع للبائع ثمن البيع النقدي، ويجعل المشتري مديناً بالثمن المُؤَجَّل¹⁰.

ثالثاً: أنواع الحيل الممنوعة:

الحيل الممنوعة التي يكون المقصود منها محرماً محظوراً ثلاثة أنواع¹¹:
النوع الأول: أن تكون الحيلة محرمة في نفسها، كالاتيالي على فسخ النكاح بالردة¹².

قال ابن القيم: "الطرق الخفية التي يتوصل بها إلى ما هو محرّم في نفسه بحيث لا يحلّ بمثل ذلك السبب بحال؛ فمتى كان المقصود بها محرّماً في نفسه فهي حرام باتفاق المسلمين"¹³.

ومن أمثلتها: التحايل على أخذ أموال الناس وظلمهم في نفوسهم وسفك دمائهم وإبطال حقوقهم وإفساد ذات بينهم¹⁴.

النوع الثاني: أن تكون الحيلة مباحة تفضي إلى مقصود محظور كما تفضي إلى غيره من المقاصد الحسنة.

ومن أمثلته: السفر لقطع الطريق وقتل النفس التي حرم الله، فيصير السفر حراماً تحريماً قطعياً.

النوع الثالث: أن تكون الحيلة مباحة شرعت لغير هذا المقصود المحظور، فيتخذها المحتال وسيلة إليه.

ومن أمثلته: الفرار من الزكاة ببيع النصاب، أو هبته، أو استبداله قبيل حولان الحول. وكنكاح التحليل، وسائر الحيل الربوية.

وهذا النوع حرام من جهتين¹⁵:

الأولى: من جهة الغاية والمقصود؛ لأنّ المحتال قصد به إباحة ما حرّم الله ﷻ وإسقاط ما أوجبه.

والثانية: من جهة الوسيلة والطريق؛ لأنه اتخذ آيات الله هزواً، وقصد بالسبب ما لم يشرع له، بل قصد ضده؛ فقد ضادّ الشارع في الغاية والوسيلة والحكمة جميعاً.

رابعاً: الأدلة على حرمتها:

التحاييل على الأحكام الشرعية بقصد إرضاء النفس، والتحايل لفعل المحرمات؛ هو من الأمور المحرمة شرعاً لأدلة كثيرة منها:

الدليل الأول: الكتاب: ومنه:

1- عموم النصوص التي تذرّ النفاق وأهله: ومنها قوله ﷻ: ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَقُولُ آمَنَّا بِاللَّهِ وَيَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَا هُمْ بِمُؤْمِنِينَ يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّا أَنفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ فِي قُلُوبِهِمْ مَرَضٌ فَزَادَهُمُ اللَّهُ مَرَضاً وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ بِمَا كَانُوا يَكْذِبُونَ﴾. [البقرة: الآيات من 8-10].

والشاهد في الآيات هذه وأشباهاها أن النفاق حيلة ظاهرها الإيمان والتسليم، وباطنها الكفر والتكذيب.

والمقصود من هذه الحيلة إحراز دمائهم وأموالهم، ومشاركة المسلمين فيما قد يحصلون عليه من المغانم، وإيذاء المؤمنين وإذاعة أسرارهم إلى الكافرين. فهذه الحيلة هي رأس الحيل المحرمة؛ ظاهرها الطاعة وباطنها المعصية.¹⁶

2- قوله ﷺ: ﴿ وَلَقَدْ عَلَّمْتُمُ الَّذِينَ آغْتَدُوا مِنْكُمْ فِي السَّبْتِ فَقُلْنَا لَهُمْ كُونُوا قِرَدَةً خَاسِئِينَ فَجَعَلْنَاهَا نَكَالًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهَا وَمَا خَلَفَهَا وَمَوْعِظَةً لِلْمُتَّقِينَ ﴾. [البقرة: 65، 66].

والمشار إليهم هم طائفة من اليهود ابتلاهم الله ﷺ بأن حرّم عليهم الصيد يوم السبت، وفيه يكثر السمك، وأباحه في بقية الأيام. فاحتالوا على ذلك بأن حفروا بجانب البحر، ووضعوا الشباك، فإذا دخل السمك الحفرة يوم السبت ولم يستطع الخروج، وجاء يوم الأحد استخرجوا السمك وأكلوه. فمسخهم الله ﷺ قردة وخنازير عبرة لغيرهم.¹⁷

3- قوله ﷺ: ﴿ إِنَّا بَلَوْنَاهُمْ كَمَا بَلَوْنَا أَصْحَابَ الْجَنَّةِ إِذْ أَقْسَمُوا لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِينَ وَلَا يَسْتَشْنُونَ فطَافَ عَلَيْهَا طَائِفٌ مِّن رَّبِّكَ وَهُمْ نَائِمُونَ فَأَضْبَحْتِ كَالصَّرِيمِ ﴾. [القلم: 17 - 20].

فقد كان من عادة الفقراء التقاط ما تساقط من الثمر بعد حصاده. فاتفق أصحاب البساتين على حصادها ليلا لتفادي إحراج الفقراء لهم نهارا بطلب حقهم. فعاقبهم الله ﷺ بإتلاف جنتهم وضياع أموالهم؛ عقوبة لهم على احتيالهم لمنع الحق الذي كان للمساكين في مالهم.¹⁸

الدليل الثاني: السنة: ومنها:

1- قوله ﷺ: ﴿ إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى... ﴾.¹⁹ وعليه فليس للعامل من عمله إلا ما نواه؛ فمن نوى بالبيع عقد الربا حصل له ما نواه، ولا يعصمه من ذلك صورة البيع.²⁰

2- حديث ابن عباس ؓ أن رسول الله ﷺ قال: «لعن الله اليهود؛ حرّمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها، وإن الله إذا حرّم على قوم أكل شيء حرّم عليهم ثمنه»²¹.

فقد استحقوا اللعنة رغم أنهم لم يأكلوا الشحوم المحرّمة، وإنما أذابوا وباعوها وأكلوا ثمنها؛ فلم ينفعهم زوال اسم الشحوم عنها، ولا توصلهم بصورة البيع؛ لأنّ العبرة ليست بمجرّد الألفاظ وظاهر الأقوال وصورة الأعمال، وإنما بالحقيقة والمقاصد والمعاني²².

وعليه فلو قصد شخص الرّبا وتوسّل إلى ذلك بالبيع كان حيلة محرّمة.

3- قوله ﷺ: «لعن الله المحلّل والمحلّل له»²³، وهو الذي يتزوّج امرأة بقصد تحليلها لمن طلقها ثلاثاً، فلعنه، وسماه «التّيس المستعار»²⁴. وسبب استحقاق اللعنة توصله بظاهر الزواج الحلال لتحليل المحرّم.

4- نهى الشارع عن بيع العينة؛ قال ﷺ: «إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم أذناب البقر، ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد، سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم»²⁵. وبيع العينة: أن يبيع السلعة بثمن مؤجّل ثم يشتريها ممن باعها عليه بثمن حال أقل مما باعها به؛ لأنّ المشتري إنّما يشتريها ليبيعها بعين حاضرة تصل إليه من فوره؛ ليصل به إلى مقصوده²⁶. فالقصد هو التفاضل في الدراهم، وإنما جعلت السلعة وسيلة إلى ذلك.

5- قوله ﷺ: «لا يجمع بين متفرّق، ولا يفرّق بين مجتمع خشية الصدقة»²⁷. قال ابن القيم: "وهذا نصّ في تحريم الحيلة المفضية إلى إسقاط الزكاة، أو التنقيص منها بسبب الجمع والتفريق، فإذا باع بعض النصاب قبل تمام الحول تحيلاً على إسقاط الزكاة أو التنقيص منها بسبب الجمع أو التفريق، فقد فرق بين المجتمع، فلا تسقط الزكاة عنه بالفرار منها"²⁸.

الدليل الثالث: الإجماع: فقد أجمع أصحاب رسول الله ﷺ ومن بعدهم على تحريم الحيل، وقد تقرّر هذا الإجماع من عدة وجوه²⁹:

أحدها: أن سائر الحيل كانت أسبابها قائمة ودواعيها متوافرة، في حياتهم المالية والأسرية، ولم يفعلوها، فدلّ ذلك على أنها لم تكن من الدّين بإجماع منهم.

الوجه الثاني: أنه لم ينقل في الأحاديث والآثار عن الصحابة والتابعين عن أحد منهم أنه عمل بشيء من الحيل المحرّمة أو أفتى بها. ولو عملوا أو أفتوا به لنقل إلينا كما نقل إلينا غيره.

وكل ما نُقل في هذا الشأن إنما هو من المخارج المشروعة. الوجه الثالث: أنهم قد أفتوا بتحريمها وإنكارها في قضايا متعدّدة، وقصص مشهورة، وأمصار متباينة، فدلّ ذلك أن إنكارها كان مشهوراً بينهم. فقد خطب عمر بالناس على منبر رسول الله ﷺ وقال: "لا أوتى بمحلل ولا محلل له إلا رجمتها"³⁰. وأقرّه الصحابة على ذلك. وأفتى أيضاً عثمان وعلي وابن عباس وابن عمر ﷺ أجمعين بأن المرأة لا تحلّ بِنكاح التحليل³¹. وأفتى ابن عباس وأنس وعائشة ﷺ بتحريم مسألة العينة وإفساد العقد بها، وأنها خداع لله والرسول؛ لأنّ ظاهرها البيع وباطنها الربا³².

الدليل الرابع: مبدأ سدّ الذريعة:

وهو دليل آخر على منع التحايل على المحرمات، وبيانه فيما يلي:

- 1- أنّ الشريعة إذا حرّمت شيئاً حرمت الوسيلة المفضية إليه؛ إذ كلُّ وسيلة إلى الحرام فهي حرام³³، بينما يريد المحتال أن يتوسل إليه باحتياله³⁴.
- 2- أنّ التحيل يزيد المفسد التي حرّم الله ﷻ لأجلها كثيراً من المعاملات قوة وتأكيذاً، لتمسك المحتال بالصورة الظاهرة المشروعة³⁵.
- 3- نهي الشريعة عن بعض المعاملات لكونها ذريعة إلى المحرم، تضييقاً لمسالكه.

- 4- ما قرّره العلماء من أنّ ما كان الأصل فيه التحريم كالأبضاع والربا فإنّه يُختاط فيه³⁶.

الدليل الخامس: أقوال أهل العلم في ذم الحيل:

وأقوالهم في ذلك كثيرة، ومنها:

- 1- ما قاله الفضيل بن عياض لرجل جاءه قائلاً: يا أبا علي، إني استفتيت رجلاً في يمين بليت بها، فقال لي: إن فعلت ذلك حنثت، وأنا أحتال لك حتى تفعل ولا تحنث. فقال له الفضيل: تعرف الرجل؟ قال: نعم. قال: ارجع واستشبهه؛ فإني أحسبه شيطاناً شبه لك في صورة إنسان³⁷.

- 2- قول ابن قدامة: "والحيل كلها محرمة، غير جائزة في شيء من الدين، وهو أن يظهر عقداً مباحاً يريد به محرماً، مخادعة وتوسلاً إلى فعل ما حرّم الله، واستباحة محظوراته، أو إسقاط واجب، أو دفع حق، ونحو ذلك"³⁸.

3- قول سهل بن عبد الله التستري³⁹: "من أفتى الناس بالحيلة فيما لا يجوز، يتأول الرأي والهوى بلا كتاب ولا سنة، فهذا من علماء السوء، وبمثل هذا هلك الأولون والآخرين. ولهذا ثلاث عقوبات يعاقب في عاجل الدنيا: يبعد علم الورع من قلبه ويضيع منه، وتزين له الدنيا ويرغب فيها ويفتن بها، ويطلب الدنيا، فلو أعطي جميع الدنيا في هلاك دينه لأخذه ولا يبالي"⁴⁰.

4- قول ابن تيمية: "لو كان هذا (أي الاحتيال) مشروعاً لم يكن في تحريم الربا حكمة إلا تضييع الزمان، وإتعايب النفس بلا فائدة"⁴¹.

5- قول ابن القيم: "مفسدة الحيل الربوية أعظم من مفسدة الربا الخالي عن الحيلة، فلو لم تأت الشريعة بتحريم هذه الحيل لكان محض القياس والميزان العادل يوجب تحريمها..."⁴².

الدليل السادس: المعقول:

لو أجزت التحايل لكان أسهل على العاصي اقتراف المحرمات، فما بقي شيء محرماً. فإن كل ممنوع يمكن التحيل عليه لإخراجه في صورة الجائز ظاهرياً، وذلك ما لا يمكن القول به بحال⁴³.

فلو قيل بجواز العينة - مثلاً - لأتى على غاية تحريم ربا القروض بالنقض؛ إذ لو جازت، لما كان أسهل على المقرض الممول الذي يريد الانتفاع من إقراض الغير بأخذ الزيادة أن يعقد عقد بيع على سبيل العينة مع مرید القرض، فيحل له ما كان حراماً⁴⁴!!

ولو كان النكاح بقصد التطليق بعد ساعة مثلاً حلالاً، لما كان أسهل على مریدی الزنا من أن يعقدا عقد نكاح بحضور صديقين، ثم يكون التطليق بعد قضاء الوطر، فيحل لهما ما كان حراماً⁴⁵!

خامساً: طرق التحايل:

إذا عظم في النفس الجرأة على الربا الصريح، خشية الظهور بمظهر المرابي، أو خشية نفور المسلمين من معاملته اجتهدت في سلوك سبل الحيل إليه والالتفاف عليه.

ولقد سلك المتحايلون طرقاً مختلفة للتوسل إلى المحظورات الشرعية، ويمكن إجمالها فيما يلي:

1- التحايل في التسمية:

للتسمية وقعها في النفس باعتبارها دالة على المسمى؛ فإذا توافقت التسمية مع حقيقة المسمى كانت دلالتها صحيحة، وإذا اختلفا كانت دلالتها غير صحيحة فأدى ذلك إلى الانخداع بالتسمية.

والخداع في التسمية والعناوين مألوف؛ فكم من باطل يخرج الرجل بحسن لفظه وتنميته وإبرازه في صورة حق⁴⁶، ولهذا تقرّر شرعا أنّ العبرة بالحقائق والمعاني، بغض النظر عما تكتسبه صورها من أسماء وعناوين من غير التي ورد النص بتحريمها.

فلقد لعن الله اليهود على استحلال ثمن شحوم الميتة رغم إذابتهم لها وتحول اسمها إلى وَدَك⁴⁷؛ وذلك دليل على بطلان كل حيلة يحتال بها المتوسل إلى المحرّم؛ فإنه لا يتغير حكمه بتغير هيئته وتبديل اسمه⁴⁸.

ومن ذلك كذلك شرب الخمر، لكن بغير اسمها، كما تنبأ به النبي ﷺ في عدد من الأحاديث، منها: قوله ﷺ: «يشرب ناس من أمتي الخمر يسئونها بغير اسمها»⁴⁹.

ومنها ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «يأتي على الناس زمانٌ يستحلون الربا بالبيع»⁵⁰. ومعلوم أن الربا إنما حرم لحقيقته ومفسدته لا لصورته واسمه. فلو سمّاه المرابي بيعة ولم يسمّه ربا، فذلك لا يخرج حقيقته وماهيته عن نفسها⁵¹.

ولهذا فالواجب في حال اكتساب بعض المحظورات أسماء شرعية هو إعادة تسميتها بأسمائها الحقيقية؛ قال ابن تيمية: "إن الحيل التي استُحلت بأسماء باطلة يجب أن تُسلب تلك الأسماء المنحولة، وتُعطى الأسماء الحقيقية"⁵².

2- التحايل في الصور:

وإظهار صورة الجائز المشروع غلافا للممنوع هو من أبرز وسائل التحايل كذلك؛ كأن يظهر الربا في صورة البيع، كما ذاب على ذلك أهل الربا، قديما وحديثا، وهو أفضل حيلة عندهم⁵³، مع أنّ اختلاف الحلال والحرام في الصورة دون الحقيقة غير مؤثر، لأن الاعتبار بالمعاني والمقاصد في الأقوال والأفعال.

ومع أنّ الأصل في المسلم البراءة من التحايل، إلا أنه إذا ظهرت الأدلة عليه واحتقت القرائن به حُكِمَ عليه به من خلالها، وحكم بوجود التحايل على الحرام،

وبحرمة المعاملة المشتملة عليه.

مثاله: كأن يقول شخص لآخر: أبيعك هذه السلعة بمائة درهم مؤجلة، على أن اشتريها منك بثمانين حالة، ويرضى الآخر.
فقصد التحايل ظاهر من اللفظ نفسه وهو اشتراطه عودة السلعة إليه عاجلا وبثمن أقل؛ فلا خلاف في بطلان مثل هذه المعاملة لما في ذلك من مناقضة مقاصد الشارع.

المطلب الثاني

الفروق بين المخارج المشروعة والحيل الممنوعة

وضوابط التمييز بينها

المسألة الأولى: الفروق بين المخارج المشروعة والحيل الممنوعة:

تختلف المخارج المشروعة عن الحيل الممنوعة في أمور منها:

1- أن الحيلة بمعناها العام (اللغوي) أعم من المخرج؛ لأنها تشمل كل ما يتوصل به إلى مقصود، سواء كان شرعياً أو غير شرعي. والوسائل أعم منهما جميعاً.⁵⁴

2- أن المخارج تتميز بأمر من أهمها:

- أنها لا تهدم أصلاً شرعياً، ولا تُناقض مصلحة شهد الشرع باعتبارها.⁵⁵
- أن فيها توصلاً إلى حقٍ مسلوب، وخلصاً من المآثم والمظالم؛ قال ابن القيم: " أحسن المخارج ما خلص من المآثم، وأقبح الحيل ما أوقع في المحارم، أو أسقط ما أوجبه الله ورسوله من الحق اللازم".⁵⁶
- أن الطريق المتبعة فيها مباحة لم توضع موصلة إلى ذلك، بل وضعت لغيره، فيتخذها العبد طريقاً إلى هذا المقصود الصحيح، أو قد يكون وضعت له لكن تكون خفية ولا يفطن لها.⁵⁷

3- أن المقصد في المخارج المشروعة موافق لمقصد الشارع، بخلاف الحيل فإن المقصد منها يعود على مقصود الشارع وشرعه بالنقض والإبطال. ومن الأمثلة على ذلك:⁵⁸

- أن الشارع أجاز القرض لمن قصد أن يسترجع مثل قرضه، ولم يشره لمن قصد أن يأخذ أكثر منه، لا بحيلة ولا بغيرها.

- و شرع البيع لمن له غرض في تملك الثمن وتمليك السلعة. ولم يشعه قطّ لمن قصد به ربا الفضل أو النساء ولا غرض له في الثمن ولا في المثلن ولا في السلعة ، وإنما غرضهما الربا.

- و شرع النكاح للراغب في المرأة بقصد دوام العشرة، ولم يشعه لتحليل امرأة محرّمة على مطلقها ثلاثاً⁵⁹.

- و شرع التملك لمن قصد نفع الغير والإحسان إليه بتمليكه سواء كان محتاجاً أو غير محتاج، ولم يشعه لإسقاط فرض من زكاة أو حجّ أو غيرهما قطّ. 4- أنّ المحتال يقع في الحرام، ويزيد على ذلك التحايل والمخادعة؛ فأصحاب السبت فعلوا المنهي عنه من الصيد؛ وزادوا على ذلك التحايل بما حفروا، بينما سالك المخرج سلك طريقاً مباحة ولم يفعل معصية.

5- أنّ المخارج لم تشرع إلا لمحتاج إليها، أو لمن لا يسقط بها حقاً ولا يضّرّ بها أحداً، فهي تشبه الرخص التي تفضّل الله بها على عباده للتخفيف عنهم من شدة التكاليف، وقت الاحتياج لذلك، وإزالة الحرج عنهم في الدين، ولم يشعه إذا تضمنت إسقاط حق أو إضراراً لغير مستحق كما يحدث في الحيل.

إن المحتاج إلى النقد مثلاً؛ لو اشترى سلعة بثمن مؤجل، وباعها بثمن معجل أقلّ لسد حاجته إلى المال؛ فإنه لو باعها لغير بائعها الأول فلعله مخرج من الوقوع في القرض الربوي، مع الخلاف في كراهتها. ولو باعها لمن اشتراها منه بشرط أو عادة كان حيلة محرّمة.

أما المشتري الذي غرضه التجارة، أو غرضه الانتفاع أو القنينة، فهذا يجوز شراؤه إلى أجل اتفاقاً⁶⁰.

المسألة الثانية: ضوابط التمييز بين المخارج المشروعة والحيل الممنوعة: يشترط في المخارج المشروعة أن تتوفر فيها ضوابط تميزها من الحيل الممنوعة، ومن أهمها⁶¹:

1- ألا تخالف المخارج أحكام الشرع الثابتة بنص الكتاب أو السنة أو بالإجماع أو بالقياس الصحيح. كما يشترط في مخارج المعاملات أن لا تخالف ما تقرّر بخصوصها من أحكام كلية؛ كمنع الربا والغش ونحو ذلك. فلا يجوز بها تحليل حرام أو تحريم حلال.

2- ألا يكون قصد الفاعل مُبتغي المخرج مخالفاً لقصد الشرع في فعله؛ فلا يقصد مثلاً بالنكاح تحليلاً، ولا بالبيع ربا.

3- أن تكون الوسيلة المستعملة في المخارج جائزة في الشرع، وأن يكون مآل المخرج مصلحة قطعية أو راجحة، من المصالح الضرورية أو الحاجة أو التحسينية.

4- أن لا يتجاوز في العمل بالمخرج قدر الحاجة؛ فلا يتعدى حدَّ الضرورة والحاجة الملحة، لرفع الحرج، لأنَّ تلك علة جوازه، فإذا زالت العلة ما بقي مسوّغ لاستمرار العمل بالمخرج، وإلا صار العمل به نوعاً من الحيل الرامية إلى التفلُّت من الأحكام الشرعية، وفي ذلك دلالة على أنَّ الفاعل لا يقصد الخروج من ضيق لحق به، وإنما اتبع الهوى والاستخفاف بشرع الله والاستهزاء به⁶².

5- ألا يكون ابتغاء المخرج في العبادات، لأنَّ العبد مأمور بها تعبدًا وتقرباً إلى الله تعالى؛ فليس للمكلف بحال أن يسقطها عن نفسه بالتحيل أو غيره.

وبالنظر في هذه الضوابط وإسقاطها على ما نُقل عن أبي حنيفة من فتاوى استخدم فيها الحيلة في حالات محدودة، إنما كان من قبيل المخارج الشرعية التي تتفق أحكامها مع المقاصد الشرعية، ولا تجافئها أو تنأى عنها، للتيسير على الناس، ومنع الحرج إذا ضيقوا على أنفسهم بأيمان أقسموها، وكانت لإرشاد الناس إلى الشروط الشرعية التي يحتاطون بها لحقوقهم وحمايتهم من العبث⁶³.

* وعليه فكل مخرج بوسيلة مباحة، وكان موافقا في مقصده صاحبه مقاصد الشرع، بأن قصد به التوصل إلى فعل ما أمر الله تعالى به، وترك ما نهى عنه، والتخلص من الحرام، وتخليص الحق من الظالم المانع له، وتخليص المظلوم من يد الظالم الباغي، فهذا النوع محمود يثاب فاعله ومعلِّمه⁶⁴.

وإذا خلا من ذلك بأن كانت الوسيلة محرمة والمقصد محرماً كان مخرجا محرماً وحيلة مذمومة.

وما تردّد بين الأمرين من المسائل نظر فيه أهل العلم لترجيح إلحاقه بالمخارج المشروعة أو بالحيل الممنوعة⁶⁵.

يقول الشاطبي: "الحيل التي تقدّم إبطالها وذمُّها والنهي عنها ما هدم أصلاً شرعياً، وناقض مصلحة شرعية. فإن فرض أنَّ الحيلة لا تهدم أصلاً شرعياً ولا

تناقض مصلحة شهد الشرع باعتبارها فغير داخله في النهي ولا هي باطلة⁶⁶.
المسألة الثالثة: نماذج من المخارج المشروعة وبيان وجه مخالفتها للحيل
الممنوعة:

للمخارج المشروعة نماذج كثيرة، باعتبار الأصل، وأن الحيل الممنوعة
عارضة، ويمكن الاقتصار على النماذج التالية مع بيان وجه مخالفة كل نموذج منها
للتحايل المذموم شرعاً، وبالتالي عدم صلاحية النموذج للاحتجاج به على شرعية
الحيل المطلقة لدى أصحاب هذا المسلك قديماً وحديثاً.

ويمكن تصنيفها بحسب الباعث عليها أو الغرض منها إلى ما يلي:

أولاً: مخارج للتخفيف على المكلف:

كما في قصة أيوب عليه السلام: وذلك أن أيوب عليه السلام كان قد غضب على زوجته
ووجد عليها في أمر فعلته، فلامها على ذلك، وحلف إن شفاه الله تعالى ليضربنها
مائة جلدة. فلما شفاه الله تعالى وعافاه ما كان جزاؤها مع هذه الخدمة التامة
والرحمة والشفقة والإحسان أن تقابل بالضرب؛ فأفتاه الله تعالى أن يأخذ ضغثاً، وهو
الشِّمْرَاخ، فيه مائة قضيب، فيضربها به ضربة واحدة وقد برت يمينه وخرج من
حنثه ووفى بندره⁶⁷؛ قال تعالى: ﴿ وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَاضْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنُثْ ﴾ [ص:
من الآية 44].

فهذا من المخارج المشروعة لا من الحيل الممنوعة، وبيان ذلك⁶⁸:

1- أن الحكم جاء معللاً، مما يرجح أنه كان حكماً خاصاً، وذلك في قوله
تعالى: ﴿ إِنَّا وَجَدْنَاهُ صَابِرًا نِعْمَ الْعَبْدُ إِنَّهُ أَوَّابٌ ﴾. [ص: من الآية: 44]؛ فقد أثنى
الله تعالى عليه ومدحه بأنه ﴿ نِعْمَ الْعَبْدُ إِنَّهُ أَوَّابٌ ﴾ أي رجاع منيب⁶⁹؛ فالله تعالى
إنما أفتاه بهذا جزاء له على صبره، وتخفيفاً عن امرأته، ورحمة بها، ولثلاً يحنث،
لا أن هذا موجب هذه اليمين⁷⁰.

وعلى هذا فهو من المخارج المشروعة لمن اتقى الله تعالى⁷¹.

2- أن مثل قصة أيوب لا يحتاج إليها في شرعنا؛ لأن الرجل لو حلف على مثل
ذلك لكان له أحد المخرجين:

أ- أن يحنث ويكفر عن يمينه من غير احتياج إلى حيلة وتخفيف الضرب
بجمعه.

ب- أو يبرّ يمينه، وموجه الضرب مجموعاً ومفترقاً، أو الضرب المعروف؛ على قولين⁷². وما ذكر من قصة أيوب هو من شرع من قبلنا؛ والاحتجاج به مشروط بعدم مخالفته لشرعنا، وقد انتفى الشرط على القول المخالف؛ فلا يحتج به على شرعية الحيل.

ثانياً: مخارج للدلالة على الصحيح من العقود:

ومنها ما رواه سعيد بن المسيب عن أبي سعيد الخدري وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلاً على خيبر فجاءه بتمر جنيب. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أَكُلْ تَمْرَ خَيْبَرَ هَكَذَا؟». قَالَ: لَا وَاللَّهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّا لَنَأْخُذُ الصَّاعَ مِنْ هَذَا بِالصَّاعِينَ، وَالصَّاعِينَ بِالثَّلَاثَةِ. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لَا تَفْعَلْ بَعْ الْجَمْعِ بِالذَّرَاهِمِ ثُمَّ ابْتَغِ بِالذَّرَاهِمِ جَنْبِيًّا»⁷³.

ومن دلالات هذا الحديث⁷⁴:

1- أن النبي صلى الله عليه وسلم أمره أن يبيع سلعته الأولى بتمن ثم يتاع بتمنها تمراً آخر لبيان الطريق التي بها يحصل اشتراء التمر الجيد لمن عنده رديء، بعيداً عن الربا، وهو أن يبيع الرديء بتمن ثم يتاع بالتمن جيداً، حسب البيع المعروف، وهذا يقتضي بيعاً ينشئه ويتدثه بعد انقضاء البيع الأول، دون مواطأة، وإنما من خلال عقدين مستقلين لا يرتبط أحدهما بالآخر ولا ينبنى عليه. بينما لو تواطأ على ذلك لكانا قد اتفقا على العقدين معاً، فلا يكون الثاني عقداً مستقلاً مبتدأ، بل هو من تنمة العقد الأول عندهما وفي اتفاقهما.

فليس في المعاملة هذه مواطأة؛ فإن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يطلب بيع الجمع لشخص معيّن، ولا شراء الجنيب من شخص معيّن، بل أمره أن يبيع في السوق، ولم ينظم له عملية تربط هذه العقود بحيث يكون أحدهما شرطاً في الآخر.

2- أن الحديث إنما يتضمّن مخرجاً من الوقوع في الربا، مختلفاً عن التحايل؛ فإنه إذا باع الجمع بالدرهم فقد أراد بالبيع ملك الثمن، ليشتري به تمراً جنبياً، وله فيه رغبة. وهذا مقصود مشروع. ثم إذا اشترى بالدرهم تمراً جنبياً، فقد عقد عقداً مقصوداً مشروعاً، فلما كان بائعاً قصد تملك الثمن حقيقة، ولما كان مبتاعاً قصد تملك السلعة حقيقة، وهذا هو المقصود الذي شرع الله تعالى له البيع وأحله لأجله.

وكذلك من باع الجنيب ليشترى جمعا؛ فإنه له رغبة فيه لأنه يناسب قدرته الشرائية.

فالمعاملة الحاصلة لا تؤول إلى الوقوع في مفسدة الربا، بل إن المقصود منهما هو اجتنابه وهو أمر مقصود للشارع كذلك.

أما في حال التحايل فإن العقد الأول لا يكون مقصوداً لهما، بل قصدهما بيع السلعة الأولى بالثانية فيكون ربا بعينه؛ لأنه إنما يكون قد عقد معه العقد الأول ليعيد إليه الثمن بعينه ويأخذ العوض الآخر، وهذا تواطؤ منهما حين عقده على فسخه، والعقد إذا قصد به فسخه لم يكن مقصوداً، وإذا لم يكن مقصوداً كان وجوده كعدمه، وكان توسطه عبثاً⁷⁵.

3- أن النبي ﷺ منع بلالا من أخذ مَدَّ بِمُدَّيْنِ لثلاثين لثلاثين في الربا، ومعلوم أنه لو جوز له ذلك بحيلة لم يكن في منعه من بيع مدين بمد فائدة أصلا، بل كان يبيعه كذلك أسهل وأقل مفسدة من توسط الحيلة الباردة التي لا تغني عن المفسدة شيئا⁷⁶.

ثالثا: مخارج لتخليص المظلوم من الضيق:

ومثاله ما في قصة يوسف وجعله الصواع في رحل أخيه؛ إذ أخبر الله ﷻ عن يوسف ﷺ أنه جعل صواعه في رحل أخيه ليتوصل بذلك إلى أخذه إنجاء له من جفاء إخوته في المعاملة.

وقد تضمن هذا المثال مخارج قولية وفعلية مشروعة لما تضمنه من منافع، ومنها⁷⁷:

- ابتغاء أسباب رجوعهم ومجيء أخيه، وذلك أمر فيه منفعة لهم ولأبيهم وله، وهو مقصود صالح. وإنما لم يعرفهم نفسه لأسباب أخر فيها أيضا منفعة لهم وله ولأبيهم وتمام لما أراد الله بهم من الخير في البلاء.

- أن التصرف الذي كان من يوسف ﷺ إنما كان بإذن الأخ ورضاه بأن يدس الصواع في رحل أخيه، ثم ينادى عليه بالسرقة ليتهم به؛ وينجيه مما يعامله به إخوته من الجفاء؛ بدليل قوله تعالى: ﴿وَلَمَّا دَخَلُوا عَلَى يُوسُفَ آوَى إِلَيْهِ أَخَاهُ قَالَ إِنِّي أَنَا أَخُوكَ فَلَا تَبْتَئِسْ بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾. [يوسف: 69].

فهذا من الحيل المباحة؛ لكون صاحب الحق قد أذن فيه ورضي به، والأمر

المحتال عليه طاعة لله وأمر مباح.

رابعاً: مخارج لانتقاء الضرر المتوقع:

وأمثلة هذا كثيرة في كتب العلماء خصوصاً في باب المعاملات المالية، مما يستند إليه المفرطون في العمل بالحيل. ومن أمثلتها:

الأول: ما ذكر في مناقب أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - من أن رجلاً أتاه بالليل فقال: أدركني قبل الفجر، وإلا طُلق امرأتي، فقال: وما ذاك؟ قال: تركت الليلة كلامي، فقلت لها: إن طلع الفجر، ولم تكلميني فأنت طالق ثلاثاً، وقد توصلتُ إليها بكل أمرٍ أن تكلمني فلم تفعل. فقال له: اذهب، فمُر مؤذن المسجد أن ينزل فيؤذن قبل الفجر، فلعلها إذا سمعته أن تكلمك، واذهب إليها وناشدها أن تكلمك قبل أن يؤذن المؤذن. ففعل الرجل، وجلس يناشدها، وأذن المؤذن، فقالت: قد طلع الفجر وتخلصتُ منك. فقال: قد كلمتني قبل الفجر وتخلصتُ من اليمين.⁷⁸

فقد كان في هذا المخرج إبقاء لعلاقة زوجية قائمة وهو من مقاصد الشريعة في النكاح، ونجاة لشتاتها الذي كاد يحدث، دون الوقوع في أي محذور شرعي. الثاني: لو أن رجلاً قال لغيره: اشتر هذه الدار، أو هذه السلعة من فلان بكذا وكذا، وأنا أربحك فيها كذا وكذا. فخاف إن اشتراها أن يبدو للآمر فلا يريد، ولا يتمكن من الرد.

فقد أفتاه بعض العلماء بأن يشتريها على الخيار لمدة معينة، ثم يقول للآمر قد اشتريتها بما ذكرت. ويشترط له خياراً لمدة أنقص من مدة خياره الأولى. فإن أخذها المشتري فيها ونعمت، وإلا ردها إلى الأول قبل نهاية مدة الخيار.⁷⁹ ومثل هذا المخرج مناسب لدفع ضرر متوقع، تم بطريقة الخيار الجائزة، والقصد منه مشروع.

وإنه بتتبع الحيل الواردة في المصادر المتضمنة لها مثل: إعلام الموقعين لابن القيم، وكتاب المبسوط للسرخسي، وكتاب المخارج والحيل المنسوب للشيباني، والحيل الفقهية لمحمد بن إبراهيم، لا نجد شيئاً منها يختلف عن المخارج المشروعة.

خاتمة

نصل بعد هذا البحث الموجز إلى ما يلي:

- أن كل طريق مشروع يترتب على سلوكه تحقيق مقاصد الشارع من فعل ما أمر الله به واجتناب ما نهى الله عنه وإقامة الحق وقمع الباطل فهذا مخرج مشروع.

- أن كل طريق يترتب عليه إبطال مقاصد الشارع أو العبث بها كإسقاط الواجبات وارتكاب المحرمات وقلب الحق باطلاً والباطل حقاً فهو حيلة ممنوعة.

والله تعالى أعلى وأعلم وهو الهادي إلى سواء السبيل.

- الهوامش:

- 1 - ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين، لسان العرب، (بيروت: دار صادر، ط3، 1414 هـ، معه: حواشي اليازجي وجماعة من اللغويين)، 249/2.
- 2 - ينظر: محمد بن إبراهيم، الحيل الفقهية في المعاملات المالية، (مصر، الجزائر: الدار العربية للكتاب، المؤسسة الوطنية للكتاب، دط، 1985م)، ص115. محمد رواس قلعي - حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، (بيروت: دار النفائس، ط2، 1408 هـ/ 1988 م)، ص416. بركاني، أم نائل، المخارج وضوابطها في الشريعة الإسلامية دراسة في ضوء المقاصد والوسائل.
- <http://www.islamfeqh.com/Nawazel/NawazelItem.aspx?NawazelItemID=1664>
(2013/05/20م).
- 3 - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (الرياض: دار عالم الكتب، دط، 1423 هـ/ 2003 م، تحقيق: هشام سمير البخاري)، 160/18، ابن كثير، إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي أبو الفداء، تفسير القرآن العظيم، (الرياض: دار طيبة للنشر والتوزيع، ط2، 1420 هـ/ 1999 م، ت: سامي بن محمد سلامة)، 169/8.
- 4 - أصله في الموطأ بلفظ: «لا ضرر ولا ضرار» كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، (1429)، وأخرجه الحاكم في كتاب البيوع، واللفظ له، (2345)، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم. ووافقه الذهبي. وصححه الألباني، إرواء الغليل، 408/3.
- 5 - ينظر. ابن منظور، 185/11 وما بعدها. الجوهري، إسماعيل بن حماد الفارابي أبو نصر، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، (بيروت: دار العلم للملايين، ط4، 1407 هـ/ 1987 م، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار)، 1681/4-1682. المعجم الوسيط، 802/1، ابن القيم، إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان، (بيروت: دار المعرفة، ط2، 1395 هـ/ 1975 م، تحقيق: محمد حامد الفقي)، ص385.

- 6 - ينظر: ابن إبراهيم، الحيل الفقهية، ص 32، وينظر: ابن القيم، (إعلام الموقعين عن رب العالمين، بيروت: دار الكتب العلمية، ط:1، 1411هـ/1991م، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم)، 255/3.
- 7 - السرخسي، المبسوط، (بيروت: دار المعرفة، دط، 1414هـ/1993م)، 210/30. ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 3/ 109 و 142. ابن القيم، إعلام الموقعين، 3/ 188. القرطبي، الجامع، 347/5. الشاطبي، الموافقات، 2/ 260، ابن قدامة، المغني، (بيروت: دار الفكر، ط:1، 1405هـ)، 194/4.
- 8 - ينظر ابن القيم، إعلام الموقعين، 3/ 188.
- 9 - الشاطبي، الموافقات، 2/ 379.
- 10 - ينظر: رفيق يونس المصري و محمد رياض الأبرش، الربا والفائدة، (بيروت: دار الفكر المعاصر، ط.2، 2001م)، ص58.
- 11 - ينظر للتوسع: المسعودي، محمد، الحيل، (المدينة المنورة: مطابع الجامعة الإسلامية، السنة 17، العددان 71، 72، رجب-ذو الحجة 1406هـ)، ص120.
- 12 - ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، 3/ 255.
- 13 - ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، 3/ 255.
- 14 - ابن القيم، إعلام الموقعين، 3/ 255.
- 15 - ينظر: المسعودي، الحيل، ص122.
- 16 - ينظر: المسعودي، ص122، (بتصرف).
- 17 - ينظر القرطبي، الجامع، 1/ 439، و7/ 304.
- 18 - ينظر: ابن كثير، التفسير، 8/ 195، فما بعدها، القرطبي، الجامع، 18/ 239.
- 19 - جزء من حديث رواه البخاري في كتاب بدء الوحي، بابا بدء الوحي، الحديث الأول، ورواه مسلم، في كتاب الإمامة، باب قول النبي ﷺ إنما الأعمال بالنية، 5036.
- 20 - ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، 3/ 91.
- 21 - رواه أبو داود في كتاب الإجارة، باب ثمن الخمر والميتة، (3490)، وأحمد في مسنده، (2221).
- 22 - ابن القيم، إعلام الموقعين، 3/ 94.
- 23 - رواه النسائي في كتاب النكاح، باب نكاح المحلل والمحلل له، (5536).
- 24 - الحديث أخرجه ابن ماجه في كتاب النكاح، باب المحلل والمحلل له، (1936)، والحاكم في المستدرک في كتاب الطلاق، (2804)، وقال: صحيح الإسناد. ووافقه الذهبي، وصححه الألباني، راجع: الألباني، إرواء الغليل، 6/ 310.
- 25 - رواه أحمد في مسنده، (5007) و(5562)، وضعفه الأرنؤوط، ورواه أبو داود في كتاب البيوع، باب النهي عن العينة، ورجاله ثقات، وله طرق يشد بعضها بعضاً. وحسنه ابن القيم، حاشية ابن القيم، 9/ 241، فما بعدها. وينظر الشوكاني، نيل الأوطار، 5/ 244-245. قال

- الحافظ ابن حجر: "صححه ابن القطان بعد أن أخرجه من الزهد لأحمد"، التلخيص الحبير، 44/3، وقال الشيخ الألباني "وهو حديث صحيح لمجموع طرقه"، الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، (الرياض: مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، ط1، 1995-2002م)، 42/1.
- 26 - ينظر الشوكاني، نيل الأوطار، 245/5.
- 27 - رواه البخاري في كتاب الحيل، باب في الزكاة وأن لا يفرق بين مجتمع ولا يجمع بين متفرق خشية الصدقة، (6555)، وأخرجه أبو داود في كتاب الزكاة، باب زكاة السائمة، (1569). والنسائي في كتاب الزكاة، باب الإبل، (2227).
- 28 - ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، 136/3.
- 29 - ينظر: المسعودي، الحيل، ص151.
- 30 - ابن تيمية، بيان الدليل على بطلان التحليل (بيروت: المكتب الإسلامي، ط1، 1998م، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي). ص241.
- 31 - ابن القيم، إعلام الموقعين، 137/3.
- 32 - ينظر: ابن تيمية، بيان الدليل، 241-242، وابن القيم، إعلام الموقعين، 137/3.
- 33 - وهي من القواعد الفقهية، ينظر: البورنو، محمد صدقي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط1، 1983م)، ص259-263. وينظر: تفسير ابن كثير، 711/1.
- 34 - ينظر: ابن تيمية، بيان الدليل، ص268، وابن القيم، إعلام الموقعين، 126/3.
- 35 - ينظر في هذا المعنى: ابن القيم، إغاثة اللهفان، 370/1.
- 36 - ينظر: الزركشي، المثور في القواعد الفقهية، (الكويت: وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، 1405هـ / 1985م)، 238/2، و علي أحمد الندوي، علي أحمد، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية، (بيروت: دار عالم المعرفة، ط1، 1999م)، 408/1.
- 37 - ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، 140/3، عن الفضيل به.
- 38- ابن قدامة، المغني، 194/4.
- * هو سهل بن عبد الله بن يونس التستري، زاهد مشهور بالورع وحسن المعاملة. ولد سنة مئتين، وقيل إحدى ومئتين. وتوفي سنة ثلاث وثمانين وقيل سنة ثلاث وسبعين ومئتين. ينظر: الذهبي، محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز شمس الدين أبو عبد الله، سير أعلام النبلاء، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط3، 1405 هـ / 1985 م، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط)، 330/13.
- 40 - ابن بطة، إبطال الحيل، (بيروت: المكتب الإسلامي، ط3، تحقيق: زهير الشاويش)، ص54-55.
- 41 - ابن تيمية، بيان الدليل، ص200.
- 42 - ابن القيم، إعلام الموقعين، 218/1.

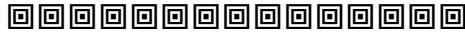
- 43 - ينظر: ابن إبراهيم ، الحيل الفقهية، ص 117.
- 44 - ينظر: أبوزيد، عبد العظيم جلال، "التمويل الإسلامي المعاصر بين شكلية العقود ومقاصد الشريعة"، مجلة التجديد، الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا، المجلد 66 ، العدد 23، 2008م، ص 6.
- 45 - المرجع نفسه .
- 46 - ابن القيم، إعلام الموقعين، 176/4.
- 47 - والحديث في البخاري، كتاب الأنبياء، باب ما ذكر عن بني إسرائيل، (3273)، ومسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، (4134).
- 48 - الخطابي، حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي أبو سليمان، معالم السنن، وهو شرح سنن أبي داود، (حلب: المطبعة العلمية، ط1، 1351 هـ/1932م)، 133/3.
- 49 - رواه أحمد في المسند، (17073)، والنسائي في كتاب الأشربة، باب منزلة الخمر، (5168)، وابن ماجه في كتاب الأشربة، باب الخمر يسمونها بغير اسمها، (3384)، وللحديث روايات كثيرة، وأصله في البخاري، كتاب الشربة، باب ما جاء فيمن يستحل الخمر ويسميه بغير اسمه، (5268).
- 50 - أورده ابن تيمية عن أبي عبد الله بن بطة بإسناده، عن الأوزاعي، عن النبي ﷺ مرسلا، ثم قال: وهذا المرسل بين في تحريم هذه المعاملات التي تسمى ببيعا في الظاهر وحقيقتها ومقصودها حقيقة الربا، والمرسل صالح للاعتضاد به باتفاق الفقهاء. وله من المسند ما يشهد له وهي الأحاديث الدالة على تحريم العينة عن النبي ﷺ وأصحابه". بيان الدليل، ص 67.
- 51 - ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، 94/3.
- 52 - ابن تيمية، بيان الدليل، ص 152.
- 53 - ينظر: يونس المصري، الجامع في أصول الربا، (دمشق: دار القلم، ط2، 1422 هـ/ 2001 م)، ص 172.
- 54 - ينظر: بركاني، مرجع سابق.
- 55 - ينظر: الشاطبي، الموافقات، 285/2.
- 56 - ابن القيم، إعلام الموقعين، 171/4.
- 57 - المرجع نفسه، 261/3.
- 58 - المرجع نفسه، 186/3 فما بعدها.
- 59 - ينظر: الشاطبي، الموافقات، 330/2.
- 60 - ينظر: ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، (مصر: مكتبة السنة المحمدية، ط1، 1370 هـ/1951 م، تحقيق: محمد حامد الفقي)، ص 212.

- 61- استخلصت هذه الضوابط من مجموع نماذج المخارج الواردة في نصوص الشرع مما يأتي ذكره بعد هذا. ينظر: بركاني، روسمن، الحيل والمخارج الفقهية، ص 185 فما بعدها .
- 62 - في هذا يشترك المخرج والرخصة.
- 63 - ينظر: أبو زهرة، محمد، أبو حنيفة حياته وعصره، (القاهرة: دار الفكر العربي، ط2، دت)، ص475.
- 64- ينظر: ابن القيم، إغاثة اللهفان، 339/1.
- 65 - ينظر في تفصيل ذلك: ابن القيم، إعلام الموقعين، 21/4.
- 66 - الشاطبي، الموافقات، 387/2.
- 67 - تفسير ابن كثير، 74/7.
- 68 - ابن القيم، إعلام الموقعين، 165/3.
- 69 - تفسير ابن كثير، 76/7.
- 70 - ابن القيم، إعلام الموقعين، 165/3.
- 71 - ينظر: ابن كثير، التفسير، 76/7، الشوكاني، فتح القدير، 137/7.
- 72 - ينظر: القرطبي، الجامع، 214/15.
- 73 - أخرج البخاري في مواضع مختلفة من صحيحه، منها: كتاب البيوع، باب إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه، (2089). و مسلم في كتاب المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل، (4166).
- 74 - ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، 174/3 فما بعدها.
- 75 - المرجع نفسه، 179/3 (بتصرف).
- 76 - المرجع نفسه، 182/3.
- 77 - المرجع نفسه، 167/3.
- 78 - المرجع نفسه، 13/4 .
- 79 - المرجع نفسه، 23/4 .

إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه " دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري "

بقلم

د / عبد الله حاج أحمد*



ملخص

إذا وقع نزاع حول واقعة الزواج العرفي بين الزوجين، وكان أحدهما يدّعي قيام الزواج، والآخر يزعم نفيه ويطعن في قيامه أو في صحته، فإن الطريق الوحيد لإثبات ما يدّعيه المدعي هو إقامة دعوى إثبات الزواج أمام المحكمة المختصة، وإذا تمكن المدعي من إثبات الزواج حكمت المحكمة بقيام الزواج. وتبحث هذه الصفحات في الوسائل التي يتم بها إثبات الزواج العرفي حال التنازع بين الطرفين، من خلال بيان مفهوم عقد الزواج العرفي، ثم عرض وسائل إثبات عقد الزواج العرفي.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، المبعوث رحمة للعالمين، وعلى من اتبع هداه، وسار على نهجه إلى يوم الدين، وبعد:

أمر الإسلام الشباب بالزواج؛ لأنه يتماشى مع الطبع الإنساني والقيم الدينية والنفسية والاجتماعية، وحرص في ذلك على إتباع إجراءات معينة، تعطي لهذا العقد الهيبة والقوة الدينية، إذ يشترط الإسلام ضرورة توافر الرضا، والولي،

* أستاذ محاضر - كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية - جامعة أدرار - الجزائر.

والصداق، والشهود لانعقاده، وقد جاءت القوانين الوضعية في الدول الإسلامية، وأمرت بتسجيل عقد الزواج لأهداف عملية تحفظ الحقوق من الضياع.

وعلى غرار باقي التشريعات أوجب المُشرِّع الجزائري قيد الزواج في سجلات الحالة المدنية، غير أنه ورغم صراحة النصوص القانونية بضرورة تسجيل عقد الزواج إلا أن بعض الأفراد يغفلون هذا الشرط ويعقدون زواجهم دون تسجيله وفقاً للصيغة التقليدية للزواج، وهو ما يعرف بالزواج العرفي، ويرجع السبب الرئيسي في ذلك إلى العامل الديني، حيث يكفي لقيام عقد الزواج في الشريعة الإسلامية على توافر أركانه لاعتباره زواجاً صحيحاً لا يحتاج إلى تأكيده بموجب عقد إداري، بالإضافة إلى ما يُحتمّه القانون من وجوب علم الزوجة الأولى واللاحقة في حالة تعدّد الزوجات، ولهذا يرى الأفراد أنه وما دام هذا العقد صحيحاً من الناحية الدينية، فليس هناك ما يدعو لاتباع الإجراءات الإدارية، وبالخصوص بالنسبة للقاطنين في المناطق النائية البعيدة.

فإذا ما وقع نزاع حول واقعة الزواج العرفي بين الزوجين، وكان أحدهما يدّعي قيام الزواج، والآخر يزعم نفيه ويطعن في قيامه أو في صحته، فإن الطريق الوحيد لإثبات ما يدّعيه المدعي هو إقامة دعوى إثبات الزواج أمام المحكمة المختصة، وإذا تمكن المدّعي من إثبات الزواج حكمت المحكمة بقيام الزواج، وعندما يصبح الحكم نهائياً، يستطيع الشخص المعني أن يستخرج نسخة من عقد الزواج من سجلات الحالة المدنية. وبالتالي فإن هذا البحث يدور حول إشكالية رئيسية، وهي: ما هي الوسائل التي يتم بها إثبات الزواج العرفي حال التنازع بين الطرفين؟

وسوف نتطرق في الجواب عن الإشكالية المذكورة إلى المبحثين التاليين:

المبحث الأول: مفهوم عقد الزواج العرفي.

المبحث الثاني: وسائل إثبات عقد الزواج العرفي.

المبحث الأول مفهوم عقد الزواج العرفي

يتم عقد في الشريعة الإسلامية دون شكليات، ويكون صحيحاً متى توافرت أركانه الشرعية، غير أنه يستوجب إعلان الزواج وإشهاره، ولا يشترط لصحة العقد تحرير الوثيقة المثبتة له في مجلس العقد، بل الوثيقة جعلت دليلاً كتابياً على وجود الزواج، وهو ما يُحتم القول بأن الزواج العرفي هو زواج تم وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، غير أنه لم يتم تسجيله بسجلات الحالة المدنية خلال المهلة المحددة قانوناً، وهو ما يدعو لتحديد مدلول عقد الزواج العرفي (المطلب الأول)، وكذا معرفة العوامل التي تُساهم في حدوثه (المطلب الثاني).

المطلب الأول تعريف عقد الزواج العرفي

يشترك الزواج العرفي مع الزواج الرسمي في جميع الأركان والشروط باستثناء التسجيل، وهو ما يجعل تعريف عقد الزواج العرفي يقترب من تعريف عقد الزواج الرسمي، فرغم اختلاف التعريفات التي جاء بها الفقهاء لعقد الزواج، فإن التقارب في المعنى يجمعها، حيث يُعرّف الزواج في الاصطلاح الشرعي بأنه: "عقد وضعه الشارع يرد على حل المتعة على الوجه المشروع وعلى سبيل القصد"⁽¹⁾، أو هو "عقد يفيد حل استمتاع كل من العاقد بالأخر على الوجه المشروع"⁽²⁾، وهو ما يجعل الهدف من الزواج حل المعاشرة الزوجية على الوجه المشروع.

وتمّ تعريف الزواج العرفي بأنه: "عقد بين رجل وامرأة أبرم وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وتم فيه الدخول بالزوجة إلى بيت الزوجية، ولم يُسجّل في سجلات الحالة المدنية خلال المهلة المحددة قانوناً لذلك"⁽³⁾، ويظهر من خلال التعريف بأن ضابط التمييز بين الزواج العرفي والرسمي هو القيد وعدمه في سجلات الحالة المدنية، فالزواج العرفي يبقى صحيحاً ولو لم يتم تسجيله بالحالة المدنية؛ لأن إغفال هذا التسجيل وإن كان لا يُؤثر في قيامه، فإنه يبقى لازماً لإثباته بحكم نص م 22 من قانون الأسرة الجزائري.

ولقد تنازع الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للزواج، فمنهم من اعتبره عقدا يتم بتلاقي إرادة كل من الزوج والزوجة، وهذا الاتفاق يترتب الكثير من الآثار القانونية، وأنتقد هذا الرأي على أساس أن هذه الأخيرة تترتب على العقد بمعناه التقليدي، والتي يقوم بتحديد أطراف العلاقة طبقا للقاعدة العامة "العقد شريعة المتعاقدين"، بينما يرى البعض الآخر بأن القانون هو الذي يُحدّد الآثار المترتبة على الزواج بنصوص أمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالف حكمها، فالقانون هو الذي يُحدّد آثار عقد الزواج وشروطه، واعتبر أصحاب هذا النقد الزواج نظاما قانونيا خاصا، يختلف مفهومه عن المفهوم التقليدي للعقد⁽⁴⁾.

أما بالنسبة لتعريف عقد الزواج في للتشريع الجزائري، فقد نصت المادة 4 منه على أن: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب"، وإذا كان الزواج قد انعقد بطريقة رسمية، مستوفيا بذلك الإجراءات الشكلية من حيث تسجيله، فإنه بهذه الطريقة لا يطرح أي إشكال من حيث إثباته، إذ يثبت بواسطة مستخرج من سجل الحالة المدنية.

وعليه، فإن عقد الزواج العرفي هو عقد زواج كامل الأركان والشروط المطلوبة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري غير أنه لم يتم تسجيله، وبذلك يُعتبر هذا العقد معترفا به من الناحية القانونية والشرعية، غير أنه لا يمكن الاحتجاج به من طرف الزوجين إلا بعد تسجيله، كأن يتزوج شخص زواجا رسميا ثم بعد ذلك يتزوج زواجا عرفيا، دون أن يعلم زوجته الأولى كما يستوجب القانون في المادة 8 من قانون الأسرة.

المطلب الثاني

عوامل وجود الزواج العرفي

يدفع الأشخاص للزواج العرفي العديد من العوامل أدت باستمرار الصيغة التقليدية للزواج بالرغم من الإلزام المنصوص عليه في القانون، حيث استوجب قانون الأسرة الجزائري قيد الزواج في سجلات الحالة المدنية، فرغم صراحة

إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه "دراسة مدعومة بالاجتهاد القضائي الجزائري" — د. عبد الله حاج أحمد

النصوص القانونية بضرورة تسجيل عقد الزواج إلا أن بعض الأفراد يغفلون هذا الشرط ويعقدون زيجاتهم دون تسجيلها، وهو ما يُعرف بالزواج العرفي، ويرجع انتشار هذه الظاهرة لعدة أسباب من بينها:

- أسباب إدارية: وتمثل في وجود شروط إدارية لا يمكن لطالبي الزواج استيفاؤها، أو لتسرع الآباء في تزويج الأبناء قبل بلوغ سن الرشد، ذلك أن إبرام عقد الزواج الرسمي أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية، يحتاج إلى استيفاء جملة من الشروط تختلف باختلاف الزوج عما إذا كان مطلقاً أو عسكرياً أو أجنبياً، فمثلاً بخصوص السن القانونية لعقد الزواج، وهي السن المحددة بتسعة عشر سنة وفقاً لنص م7 من قانون الأسرة، وفي حالة ما إذا كان أحدهما أو كليهما أقل من ذلك، فإن زواجهما الرسمي لا يتم إلا بمقتضى ترخيص صادر عن رئيس محكمة موطن طالب الترخيص، وهو ترخيص قد يرى البعض تجنّب استصداره خوفاً من رفض منحه لعدم استيفاء الشروط، فيلجأ الزوجان إلى الصيغة التقليدية للزواج.

كما أنه من بين الشروط القانونية التي تدفع بالأشخاص للزواج العرفي نجد شرط وجوب رخصة مسبقة لبعض الفئات من الموظفين مثل فئة سلك الأمن والعسكريين، وكذا وجوب علم الزوجة الأولى والألحقة في حالة تعدد الزوجات، ولهذا يرى الأفراد أنه وما دام هذا العقد صحيحاً من الناحية الدينية، فلا داعي لتعقيد الأمور بإتباع الإجراءات الإدارية.

- أسباب شرعية: تتمثل في كون عقد الزواج وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية رضائياً لا شكلياً، فالعائلات الجزائرية تعودت على إبرامه وفقاً لما ينص عليه الدين الإسلامي من توافر للأركان الشرعية لعقد الزواج، واعتباره زواجا صحيحاً منتجاً لكافة آثاره الشرعية، متى توافر الرضا الصحيح، والصداق المعلوم، وولي الزوجة، وشاهدي عدل بالغين عاقلين، فلا يحتاج لإجراءات شكلية يتم تأكيدها

بموجب التسجيل الإداري.

- أسباب تاريخية: تأثر الأسر الجزائرية بالعادات والتقاليد لأسباب تاريخية عبر عنها الشيخ أحمد حماني بقوله: "ولا يضره (عقد الزواج) أنه لم يكن بصفة رسمية، وأنه لم يُسجل في الحالة المدنية؛ لأن ذلك غير مشروط، وكثير من حالات الزواج عندنا كانت لا تُسجل في عهد الاستعمار، مقاطعة من الشعب لمحاكمه، وفي عهد الثورة كان رجالها ينهون عن الذهاب إليها"⁽⁵⁾، وعليه فقد تعود الجزائريون على الاكتفاء بإبرام عقد الزواج، بحضور جماعة من الكبار والأعيان، ورجال الدين من الأئمة وحفظة القرآن الكريم.

وإذا كانت النصوص التي أصدرها الاستعمار الفرنسي منذ عام 1882م بخصوص تسجيل الزواج بالحالة المدنية لم تحقق غايتها لبعض الجزائريين له بالدرجة الأولى، وتفضيلهم مقاطعة محاكمه على النحو المتقدم، فإن النصوص الصادرة بعد الاستقلال بهذا الشأن لم تُؤدِّ بدورها إلى تحقيق الغاية المرجوة منها أيضاً، بفعل تجاهلها لمشاعرهم الدينية، وتعلقهم بالعادات والتقاليد والقيم الإسلامية التي يعتبرون زواجهم لا يصح إلا إذا أبرم وفقاً لها؛ لأن الزواج الرسمي في نظرهم لا لزوم له إلا من أجل تسوية وثائقهم الإدارية ليس إلا، وهي نظرة جعلتهم يستمرون في إبرام زواجهم وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وذلك من دون اهتمام بتلك النصوص القانونية المنظمة لعقد الزواج⁽⁶⁾.

- أسباب اجتماعية: وتتمثل في انعدام الثقافة القانونية المدركة لإرادة المُشرِّع ومقاصده من تشريع التقييد أو التسجيل الإداري، والتوعية بالمخاطر الناجمة عن عقد الزواج غير الموثق، كما أن انعزال بعض البلديات يجعل الأفراد ينظرون إلى التنقل لتسجيل عقد الزواج على أنه عبء ثقيل لا طائلة منه طالما أن الاقتصار على الأركان الشرعية يجعله صحيحاً مُنتجاً لأثاره.

المبحث الثاني وسائل إثبات عقد الزواج العرفي

لقد فرضت المشاكل الاجتماعية المتعددة الناتجة عن الزواج العرفي ضرورة تسجيل عقد الزواج، الذي يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وهو ما نصت عليه المادة 22 من قانون الأسرة على أنه: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي".

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة، فمتى توفرت الأركان الشرعية للزواج جاز القضاء بتسجيل الزواج العرفي، باعتبار أن الزواج العرفي في حكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون، وذلك بناء على تبيته بموجب حكم قضائي⁽⁷⁾. وإذا كان الزواج يثبت في الحالات العادية بمستخرج من سجل الحالة المدنية، فإن الإشكال الذي يطرح هو كيفية إثبات الزواج حال انعقاده بطريقة عرفية بمجرد توفر الأركان المتطلبة شرعاً دون تسجيله.

والشريعة الإسلامية تعتمد في إثبات الزواج على واحدة من الطرق الثلاثة التالية، وهي: الإقرار والبينة والنكول عن اليمين، فإن ادعى أحد الزوجين الزواج أو أمر يتعلق به كالنفقة مثلاً، فإن أقر الطرف الآخر ثبت؛ لأن الإقرار حجة على المقر، فإن لم يقر طوّل المدعي بالبينة، فإن أتى بشهود يشهدون على دعواه ثبت العقد، فإن عجز المدعي عن إقامة البينة، وجهت اليمين إلى الطرف الآخر، فإن حلفها اعتبرت الدعوى مرفوضة، أما إذا امتنع عن اليمين قضى بثبوت الزواج؛ لأن النكول إقرار غير مباشر، بينما القضاء الجزائي لم يتبع هذا التدرج، بل جعل سيدة الأدلة في إثبات وجود واقعة الزواج العرفي هي البينة، سواء كانت شهادة عيان أو شهادة سماع، وهو ما يدعونا للتعرف على طرق إثبات الزواج العرفي، فتكون البداية بالإقرار (المطلب الأول)، ثم الشهادة (المطلب الثاني)، وبعدها النكول عن اليمين (المطلب الثالث).

المطلب الأول

الإقرار

الإقرار بوجه عام هو واقعة مادية، تنطوي على تصرف قانوني مفاده اعتراف شخص بحق عليه لآخر، سواء قصد ترتيب هذا الحق أو لم يقصد⁽⁸⁾، كما يُعرّف الإقرار في القانون المدني الجزائري حسب نص المادة 341 بأنه: "اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة".

وينقسم الإقرار حسب القواعد العامة للإثبات إلى نوعين:

1- الإقرار غير القضائي: هو ذلك الإقرار الذي تم خارج مجلس القضاء، كأن يقر فلان أن فلانة زوجته خارج مجلس القضاء، سواء أكان ذلك كتابة أم شفاهة، وسلطة التقدير لمثل هذا الإقرار موكلة للقاضي، يُقدرها وفقا لظروف الدعوى وملاساتها، ويظهر مثل هذا النوع من الإقرار في الزواج العرفي، عند تحرير الموثق لما يسمى بعقد الإقرار بزواج بناء على طلب الزوجين معا وبالإرادة الحرة لكل منهما، وليس بالإرادة المنفردة لأحدهما.

2- الإقرار القضائي: هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، كأن يقف الزوج أمام القاضي، ويقر بقيام علاقة زوجية بينه وبين المدعى عليها.

- حجية الإقرار: يعتبره جمهور الفقهاء حجة قاصرة على المقر وحده، ولا يتعداه إلى غيره، إلا أنهم اعتبروه وسيلة كافية في حد ذاته لإثبات الزواج، إذا ما أقر به أحد الطرفين، فيقول الإمام أبو زهرة: "إذا تدعى شخصان رجل وامرأة بشأن وجود الزواج، فادعى الرجل وجوده تسأل المرأة فإن أقرت قضى بالزواج وثبت بتصادقهما، وإن أنكرت فإن عجز عن البيّنة وجهت اليمين إلى المرأة على رأي الصحابين"⁽⁹⁾.

إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه "دراسة مدعومة بالاجتهاد القضائي الجزائري" - د. عبد الله حاج أحمد

وعليه، فإن الفقه الإسلامي يعتبر الإقرار حجة، أي وسيلة كافية في حد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي، فإن رفض أحد الطرفين الإقرار يكون الاتجاه للبيئة. أما المشرع الجزائري فقد نص صراحة في المادة 342 ف1 من القانون المدني على أن: "الإقرار حجة قاطعة على المقر".

ويعني ذلك أن الواقعة التي أقرّ بها الخصم حجة على المقر، ويتعدى إلى ورثته بصفتهم خلفا عاما له ولا تتعداه إلى غيرهما، إلا أن القضاء الجزائري لا يعتد بالإقرار كوسيلة كافية في حدّ ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي، وذلك لما يتميز به هذا العقد من خصوصية وطابع اجتماعي لا نكاد نلتمسه في باقي العقود الأخرى، حيث يتم اللجوء للبيئة أو ما يسمى بشهادة الشهود، باعتباره الدليل الأنجع من حيث القوة الثبوتية.

المطلب الثاني

الشهادة

للبيئة معنيان، معنى عام وهو الدليل أي كان كتابة أو شهادة أو قرائن، فإذا قلنا البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر، فإنما نقصد هنا البيئة بهذا المعنى العام، أما المعنى الخاص، فيراد بها شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة، وقد كانت الشهادة في الماضي هي الدليل الغالب، وكانت الأدلة الأخرى من الندرية إلى حد أنها لا تُذكر إلى جانب الشهادة، فانصرف لفظ "البيئة" إلى الشهادة دون غيرها.

وتوجد هناك ثلاثة أنواع للبيئة، وهي:

أ- شهادة الرؤية (الشهادة المباشرة): الأصل في الشهادة أن تكون شهادة مباشرة، فيقول الشاهد ما وقع تحت بصره أو سمعه، فالذي يميز الشاهد إذن هو أنه يشهد على وقائع عرفها معرفة شخصية إما لأنه رآها بعينه، فجاء إلى مجلس القضاء ليشهد بما رأى، أو سمعها بأذنه فجاء إلى مجلس القضاء ليشهد بما سمع وإما لأنه رأى وسمع.

وإذا كانت الشهادة المباشرة هي الصورة الغالبة للشهادة، فإن الشاهد يدلي في مجلس القضاء بما عاينه بصورة شخصية ومباشرة أثناء إنشاء واقعة الزواج العرفي بما في ذلك معرفته لطرفي العقد من زوج وزوجة ومكان وزمان وظروف إبرام عقد الزواج من رضا الزوجين ووجود الولي وتسمية الصداق⁽¹⁰⁾.

وحول ما إذا كانت شهادة الأقارب، تعد جائزة لإثبات وتسجيل الزواج العرفي، فقد استقر قضاء المحكمة العليا على أنه يجوز سماع شهادة الأقارب في قضايا الزواج والطلاق، ومتى تبين - في قضية الحال - أن الزوجة أتت بشهود أكدوا واقعة الزواج، مبينين في شهادتهم أركان الزواج من ولي، وشهود، وصداق، فالقضاء بإثبات الزواج العرفي، يعد تطبيقاً سليماً للقانون⁽¹¹⁾.

ب- الشهادة السماعية: وتسمى في الفقه الإسلامي بالشهادة عن الشهادة، حيث يشهد فيها الشاهد بما سمعه من غيره، فالشاهد هنا لم يشهد الواقعة مباشرة، وإنما يشهد أنه سمع بواقعة يرويها له شاهد رآها بعينه وسمعها بأذنه، كأن يشهد شخص أمام القاضي أنه سمع شخصاً آخر يروي له أن فلان تزوج بفلانة.

والشهادة السماعية جائزة حيث تجوز الشهادة الأصلية، وفي الفقه الإسلامي الشهادة على الشهادة لا تجوز إلا بالإنابة، فإذا سمع شاهد فكانت شهادته سماعية فهي لا تقبل منه إلا إذا أشهده فيها الشاهد الأصلي، وللقاضي السلطة التقديرية في تقدير قيمة الشهادة السماعية.

وقد استقر قضاء المحكمة العليا بأن الزواج العرفي لا يثبت إلا بشهادة العيان، التي يشهد أصحابها بها، أنهم حضروا قراءة الفاتحة، أو حضروا زفاف الطرفين، أو شهادة السماع التي يشهد أصحابها، أنهم سمعوا من الشهود وغيرهم، أن الطرفين كانا متزوجين، ولما كان الطاعن لم يأت بأي من شهادة العيان، أو شهادة السماع لإثبات زواجه، فإن القضاء برفض دعوى إثبات الزواج العرفي، يعد تطبيقاً صحيحاً للقانون⁽¹²⁾.

ج- الشهادة بالتسامع: هي شهادة بما يتسامعه الناس، وهي عكس الشهادة السماعية التي يمكن تحري مصدر الصدق فيها، وتحميل صاحبها مسؤولية شخصية فيما سمعه بنفسه عن غيره، فالشهادة بالتسامع صاحبها لا يروي عن شخص معين، ولا عن الواقعة بالذات، بل يشهد بما يتسامعه الناس عن هذه الواقعة، وما شاع بين الجماهير في شأنها، فهي غير قابلة للتحري، ولا يتحمل صاحبها مسؤولية شخصية فيما شهد به، كالقول مثلا: قيل أن فلان تزوج فلانة⁽¹³⁾.

وقد أجازت الشريعة الإسلامية هذه الشهادة لاسيما في مسألة إثبات الزواج؛ لأنها ضرورة دعت إليها المصالح والحاجة الشديدة لاسيما إذا أثمر هذا الزواج إنجاب أطفال، وهو ما أخذ به القضاء الجزائري، حيث سارت المحكمة العليا في سياق أحكام الشريعة الإسلامية، وأخذت بشهادة التسامع في العديد من قراراتها، ومنها القرار الصادر بتاريخ 1989/03/27 الذي جاء فيه أنه: "من المقرّر شرعاً أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان، التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين، أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا الشهود وغيرهم أن الطرفين كانا متزوجين ... فيما يتعلق بالسبب المستدل به على طلب نقض إثبات الزواج أو نفيه مما يستقل به قاضي الموضوع، ويثبت إما بشهادة العيان وإما بشهادة السماع، والطاعن لم يأت بأية واحدة من الشهادتين، فلا هو أحضر رجلا حضروا قراءة الفاتحة، أو حضروا زفاف الطرفين ...، كما أنه لم يأت ببينة إسماع يشهد أصحابها بأنهم سمعوا من الشهود أو غيرهم أنه كان زوج (ب ز) ... لما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن لم يأت بأي من شهادة العيان أو شهادة السماع لإثبات زواجه، فإن قضاة الموضوع برفضهم دعوى إثبات الزواج العرفي أعطوا لقرارهم الأساس القانوني، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"⁽¹⁴⁾.

ويشترط في أداء الشهادة أن تكون موافقة للدعوى، فلا تقبل الشهادة المنفردة عن الدعوى، فإذا كنا بصدد دعوى لإثبات الزواج العرفي، فيجب أن تنصب الشهادة على واقعة الزواج العرفي دون غيرها، فلا يشهد الشاهد مثلا على وجود

أولاد بين فلان وفلانة؛ لأن ذلك ليس قرينة على حصول زواج شرعي مكتمل الأركان.

كما يُشترط أن تكون شهادة الشاهدين متوافقة؛ لأن باختلافهما لم يكتمل نصاب الشهادة، ولا يجب أن تكون هذه الموافقة تامة بل يمكن أن تكون ضمنية، كأن يشهد شاهد في عقد زواج عرفي أن فلانة زوّجها وليها لفلان على صداق قدره أربعين ألف دينار، ويشهد الثاني بنفس الشيء دون أن يحدد قيمة الصداق، ففي هاته الحالة يقبل القاضي الشهادتين ما دام الفرق في قولهما لا يصل إلى حد التعارض، وقد جاء في قرارات المحكمة العليا أن الزواج العرفي لا يمكن إثباته بواسطة شهادة متناقضة، وأهم ما جاء في هذا القرار أنه من المقرر شرعا أن التناقض في الشهادة يزيل أثرها ويمنع بناء الحكم عليها، ومن ثمة فإن القضاء بخلاف ذلك، يعدّ خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وإذا كان إثبات الزواج أو نفيه يرجع لسلطة قضاء الموضوع، فإن ذلك يوجب أن تبقى على بينة لا يدخل فيها الشك ولا يحيط بها الاحتمال؛ لأن التناقض في الشهادة يزيل أثرها، ويمنع بناء الحكم عليها لاحتمال صدقها وكذبها⁽¹⁵⁾.

أما بالنسبة لنصاب الشهادة حسب أحكام الشريعة الإسلامية، فإن نصاب الشهادة هنا رجلان أو رجل وامرأتان⁽¹⁶⁾، ويتمثل دور القاضي حيال الشهود في استفسارهم عما إذا حضروا مجلس العقد، ويتأكد من عددهم حتى يحترم نصاب الشهادة، ثم يتم تحليف الشاهد اليمين القانونية على أن لا يقول غير الحق، بعدها يقوم القاضي باستفسار الشهود عن معرفتهم للخصوم، وفيما إذا حضروا فاتحة الزواج أم حفل الزفاف، ومن تولى العقد كولي للزوجة، ويسألهم عن التاريخ أو السنة التي تم فيها الزواج العرفي لاسيما إن كانت الشهادة سماعية وعن مكان إبرام عقد الزواج العرفي....

المطلب الثالث النكول عن اليمين

إذا كان المراد باليمين أنه قول يتخذ فيه الحالف الله شاهداً على صدق ما يقول، فإن النكول عن أداؤها هو رفض من وجهت إليه اليمين حلفها، فإذا نكل عنها خسر دعواه، وهو ما نصت عليه المادة 347 من القانون المدني: "كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردّها على خصمه، وكل من ردّت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه".

والنكول عن اليمين في الشريعة الإسلامية لا يعتد به عموماً، باستثناء بعض الفقهاء منهم الصاحبين الذين يتخذون النكول عن اليمين، وسيلة كافية بحد ذاتها لإثبات واقعة الزواج العرفي، حيث يقول الإمام أبو زهرة أنه: "عند فشل إثبات الزواج بكل من وسيلتي الإقرار والبيّنة، توجه اليمين إلى المرأة، فإن حلفت رفضت دعوى الزوج؛ وإن نكلت عن اليمين قضى عليها بالزواج؛ لأن النكول إقرار على مذهب الصاحبين المفتى به في الفقه الحنفي"⁽¹⁷⁾.

وبالنسبة للقضاء الجزائري لا يكون الاعتداد باليمين إلا في حالة وفاة أحد الزوجين أو وفاتهما معاً، ويتعين على القاضي توجيهها إلى المدعي، بالإضافة إلى سماع شهادة الشهود، الذين يؤكدون صحة انعقاد الزواج العرفي وفقاً للشريعة الإسلامية، فإذا مات أحد الزوجين وادعى الحي منهما الزوجية، فإن الزواج يثبت لكن مع يمين المدعي.

وحول ما إذا كانت شهادة العيان لوحدها، تكفي لإثبات الزواج العرفي بعد وفاة أحد الزوجين، استقر قضاء المحكمة العليا على أن: "يثبت الزواج العرفي بعد موت أحد الأزواج بشهادة الشهود ويمين، وهذا طبقاً لقول خليل في باب أحكام الشهادة" لا نكاح بعد الموت"، ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتوجيه اليمين للمطعون ضدها حول إعادة زواجها العرفي من الهالك إضافة إلى سماع شهادة الشهود طبقوا صحيح القانون"⁽¹⁸⁾.

خاتمة

وفي ختام هذا البحث، توصلت للنتائج التالية:

1- يخضع عقد الزواج العرفي لأحكام الشريعة الإسلامية، فمتى استوفى أركانه الشرعية اعتبر زواجاً صحيحاً منتجاً لكافة آثاره القانونية من ثبوت النسب، ووجوب النفقة، وانتقال الميراث...، غير أنه لم يتم تسجيله بالحالة المدنية، حيث يُعدّ هذا التسجيل شرطاً قانونياً لإثبات عقد الزواج، ويترتب على ذلك أن إغفال التسجيل لا يؤثر في قيام عقد الزواج إلا أنه يبقى لازماً لإثباته، حيث يتم إثباته في هذه الحالة بحكم قضائي.

2- ينعقد الاختصاص القضائي النوعي لمحاكم الدرجة الأولى دون غيرها، وذلك فيما يتعلق بالطلب القضائي، الذي يهدف لإثبات وتسجيل عقود الزواج العرفي، فإذا كان الطلب مُتعلّقاً بتسجيل الزواج العرفي غير المتنازع فيه، فإن تسجيله يتم بصدور حكم بسيط من رئيس المحكمة، وذلك في شكل أمر ولائي (أمر على عريضة) بعد تقديم الطلب ممن له مصلحة إلى وكيل الجمهورية مرفقاً بشهادة ميلاد الزوجين وشاهدين يشهدان على قيام الزواج.

3- إذا كان الطلب القضائي يهدف إلى إثبات وتسجيل عقد الزواج العرفي المتنازع فيه، فإن ذلك يتم بصدور حكم قضائي عن قاضي الأحوال الشخصية وفق ما تنص عليه م22 من قانون الأسرة، حيث يفصل هذا الحكم في الدعوى القضائية التي تم رفعها من قبل الزوج أو الزوجة، أو ممن له مصلحة كالنيابة العامة.

4- استقرّ الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا على أن إثبات انعقاد الزواج العرفي المتنازع فيه، يتطلب حضور شاهدين، حيث يتوجب على القاضي الاستماع بنفسه وعلى انفراد لشهادة كل شاهد، سواء كان بحضور الخصوم أو غيابهم، كما يذكر كل شاهد قبل الإدلاء بشهادته اسمه، ولقبه، ومهنته، وموطنه، وكذا قرابته ومصاهرته أو علاقته بالخصوم، ثم يحلف بأن لا يقول غير الحق.

5- لما كان عقد الزواج من أخطر العقود، فإنه يجب على الأفراد أن يلتزموا بتوثيقه، لكونه أصبح الوسيلة الوحيدة لإثبات الحقوق والحفاظ عليها، هذا الأمر الذي يجهله الكثيرون، بسبب نقص توعية الأفراد بسلبات الزواج العرفي ومنافع تسجيله، كما تكون هذه التوعية مصحوبة بسن عقوبات مناسبة على كل من يخالف هذه الإجراءات المقررة قانوناً.

وفي الأخير أحمد الله عز وجل على توفيقني لإنهاء هذا البحث، كما أستغفره عن كل ما يكون قد صدر مني من خطأ أو تقصير، وصلي اللهم وسلم على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه، وسلم تسليمًا كثيرًا.

الهوامش:

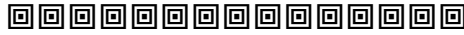
- (1) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، بن عكنون (الجزائر)، ديوان المطبوعات الجامعية، 2002م، ص30.
- (2) محمد أبو زهره، محاضرات في عقد الزواج وأثاره، القاهرة، دار الفكر العربي، 1971، ص43.
- (3) بدوي علي، "عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع"، المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، ع2، 2002، ص157.
- (4) أحمد محمود خليل، عقد الزواج العرفي أركانه وشروطه وأحكامه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص36، ومحمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، ط1، بيروت، لبنان، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1992م، ص55.
- (5) الشيخ أحمد حماني، فتاوى "استشارات شرعية ومباحث فقهية"، الجزائر، منشورات وزارة الشؤون الدينية، ج1، 1992م، ص355.
- (6) حسين بلحيرش، "الاجتهاد القضائي في مجال إثبات وتسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدة، س1، ع1، 1432هـ - 2011م، ص136.
- (7) انظر قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية رقم 125059، الصادر بتاريخ 10/24/

- 1995م، نشرة القضاة، 1998م، ع 53، ص 56.
- (8) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المجلد الأول، القاهرة، دار النهضة العربية، 1982م، ص 410.
- (9) الإمام أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 17.
- (10) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/09/24م، مجلة قضائية، 1984م، ع 1، ص 64.
- (11) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية رقم 188707، 1998/03/17م، المجلة القضائية، 2001م، عدد خاص، ص 50.
- (12) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية رقم 53272، الصادر بتاريخ 03/27/1989م، المجلة القضائية، 1990م، ع 3، ص 82.
- (13) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 413.
- (14) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/03/27م، مجلة قضائية، 1990م، العدد 03، ص 82.
- (15) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، 1991م، العدد 01.
- (16) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 376.
- (17) الإمام أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 17.
- (18) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية رقم 204254، الصادر بتاريخ 09/22/1998م، المجلة القضائية، 2000م، العدد 02، ص 173.

مركز الولي في عقد الزواج فقها وقانونا وقضاء

بقلم

أ / محمد بجاق*



الملخص

إن الولاية في عقد الزواج من المواضيع الحساسة والمهمة في قانون الأسرة، ولقد أثارت جدلا بين فقهاء الشريعة قديما وحديثا، وكذا أهل القانون، ويرجع هذا الاختلاف إلى الاختلاف حول النصوص الواردة في شأنها سواء من حيث الثبوت أو الدلالة، وقد زادت حدة الجدل حول هذا الموضوع في الجزائر عند الشروع في تعديل قانون الأسرة سنة 2005، وهو ما دفعني للبحث في كتب الفقه والقانون وكذلك أحكام القضاء عن حقيقة المركز القانوني للولي في عقد الزواج، أهو طرف في العقد؟ أم هو مساهم فيه على اعتباره مجرد وكيل أو نائب عن أحد أطراف العلاقة؟ أم هو شاهد عليه؟ ولعل بتحريه هذه المسألة ينتهي هذا الجدل الذي لا يزال قائما رغم صدور القانون.

مقدمة

إن موضوع الولي في عقد الزواج من المواضيع التي أثارت جدلا بين فقهاء الشريعة الإسلامية منذ القدم، وكذا أهل القانون، وقد يرجع هذا الجدل إلى الاختلاف حول النصوص التي تناولت الولاية في عقد الزواج، من حيث

* أستاذ مساعد - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة الوادي - الجزائر.

الاختلاف في قطعية ثبوتها، ثم الاختلاف من حيث دلالتها، وقد أثير هذا الجدل في الجزائر عند الشروع في تعديل قانون الأسرة سنة 2005.

وقد كان الجدل الدائر حول كون الولاية شرطا أم ركنا، وحول الإبقاء عليها أم حذفها نهائيا من أركان وشروط عقد الزواج، وتوسع هذا الجدل إلى أن أخذ طابعا إيديولوجيا لم يكن من المستحسن أن يأخذه، ولعل سبب هذا الجدل والصراع هو تأثير البعض بالثقافات والتشريعات الغربية التي ساهمت بشكل كبير في إثارة الجدل حول المساواة بين الرجل والمرأة بشكل يزيل كل الخصوصيات وحتى القيم التي يتميز بها كل مجتمع، فانبهروا بما عندهم، فأخذوا يقلدونهم دون تمحيص، حتى وصل البعض إلى الشك في صلاحية الشريعة الإسلامية للتطبيق.

وقد كنت من المدافعين على أن هذه القضية قضية فقهية قانونية بحتة، ولا بد من أن تدرس في دوائرها المختصة بها، وهو ما دفعني للبحث في كتب الفقه والقانون وكذلك أحكام القضاء عن حقيقة المركز القانوني للولي في عقد الزواج، أهو طرف في العقد؟ أم هو مساهم فيه على اعتباره مجرد وكيل أو نائب عن أحد أطراف العلاقة؟ أم هو شاهد عليه؟ ولعل بتحرير هذه المسألة ينتهي هذا الجدل الذي لا يزال قائما رغم صدور القانون، والذي حسب اعتقادي لم يحرر المسألة، وإنما اكتفى بالحل التوافقي الذي أضفى على المواد المتعلقة بالولاية الطابع السياسي وليس الطابع القانوني، ولعلي بهذه المساهمة البحثية المتواضعة أسهم في تحرير هذه المسألة.

وسأكتفي في هذه الدراسة بالحديث عن مركز الولي في عقد المرأة؛ لأن حالة الولاية على الصغار الذكور نادرة الحدوث، فأخذت بحكم الغالب، وسأقتصر في دراستي أيضا على ما جاء في المذاهب الأربعة.

المطلب الأول

مفهوم الولاية في عقد الزواج

أولا: تعريف الولاية في عقد الزواج:

1- الولاية لغة¹: الولي من أسماء الله تعالى: الولي هو الناصر، وقيل: المتولي

لأمور العالم والخلائق القائم بها، ومن أسمائه عز وجل: الوالي وهو مالك الأشياء جميعها المتصرف فيها. قال ابن الأثير: وكأن الولاية تشعر بالتدبير والقدرة والفعل، وما لم يجتمع ذلك فيها لم ينطلق عليه اسم الوالي. وقيل: الولاية الخطة كالإمارة، والولاية بالكسر السلطان، والولاية بالفتح النصر.

والولي والمولى واحد في كلام العرب، والمولى العصبه والحليف وهو من انضم إليك فعز بعزك وامتنع بمنعتك، والولي: الصديق والنصير والتابع المحب، والموالاتة: ضد المعاداة، والولي: ضد العدو.

2 - الولاية اصطلاحاً: عرفها البعض بأنها: تنفيذ القول على الغير، شاء الغير أو أبى². إلا أن هذا التعريف ينطبق على ولاية الإجماع التي يستبد فيها الولاية بالعقد.

ولعل أحسن التعريفات وأقربها لتحصيل معنى الولاية هو ما ذهب إليه الشيخ محمد أبو زهرة بقوله: الولاية هي القدرة على إنشاء العقد نافذاً³.

ثانياً - أقسام الولاية في عقد الزواج: تنقسم الولاية في عقد الزواج إلى قسمين:

1 - ولاية قاصرة: وهي سلطة تزويج الإنسان نفسه دون توقف على رضا أحد، وتثبت للرجل البالغ العاقل، فإذا زوج نفسه ممن يشاء كان زواجه صحيحاً غير موقوف على إجازة أحد، ولا الاعتراض عليه، سواء تزوج بمهر المثل أو أكثر، وسواء تزوج بمن تناسبه، أو لا تناسبه⁴.

أما بالنسبة للمرأة البالغة فقد اختلف الفقهاء في ثبوتها لها، وهو ما سوف نبينه عند الحديث عن حكم الولي في عقد الزواج.

1 - ولاية متعدية: وهي الولاية التي تثبت للإنسان على غيره، وهي تنقسم إلى قسمين:

أ - ولاية الإجماع: وهي التي تعتبر ولاية كاملة؛ لأن الولي يستبد فيها بإنشاء الزواج على المولى عليها، ولا يشاركه فيه أحد⁵.

وهي عند الحنفية تثبت على الصغيرة بكرا كانت أو ثيبا، وعلى المجنونة، وعلتها عندهم الصغر والجنون⁶؛ لأن الصغر والجنون صفة تدل على ضعف العقل، وبالتالي العجز عن إدراك المصلحة⁷.

وعند الجمهور⁸ تثبت على المجنونة، أما الصغيرة فتجبر إن كانت بكرا وتستمر هذه الولاية إلى ما بعد البلوغ، إلا أن الشافعية⁹ والحنابلة في رواية¹⁰ يذهبون إلى أن البكارة هي علة الإيجاب فقط في الفتاة، فتجبر عندهم البكر البالغ ولا تجبر الثيب الصغيرة، بينما ذهب المالكية¹¹ والحنابلة في رواية ثانية¹² إلى أن كلا منهما يعتبر علة إيجاب إذا انفرد، فتجبر البكر البالغ، والثيب الصغيرة.

أما عن موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة أي ولاية الإيجاب، فنجد نص في المادة 13 من قانون الأسرة على أنه: «لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها»¹³.

من خلال نص المادة يتضح أن المشرع استبعد ولاية الإيجاب في حق القاصرة، والبالغة من باب أولى لأنه قد نص في المادة 11 من قانون الأسرة بأنها تبشر عقدها بنفسها¹⁴، وهو رأي وجيه ينسجم وروح الشريعة ومقاصدها، ويوافق القواعد الشرعية العامة¹⁵، ولم يبق لها مسوغ في وقتنا الحاضر؛ لأن جل القوانين قد منعت تزويج الصغار وحددت سنا معينة للزواج، 19 سنة على سبيل المثال في القانون الجزائري¹⁶، وإن كان قد نص على جواز تزويج من هم أقل من هذا السن، فإن ذلك لا يكون إلا بترخيص من القاضي الذي يتأكد من موافقة الصغيرة على هذا الزواج، وتبقى مسألة الإيجاب مقتصرة على المجنونة، وإن لم ينص المشرع على ذلك. لكن هذا يستنبط من أحكام الشريعة الإسلامية التي أحال عليها المشرع بموجب نص المادة 222 من قانون الأسرة في ما لم يرد فيه نص في القانون¹⁷.

ب - ولاية الاختيار: وسميت ولاية المشاركة، أو ولاية الإذن، وتثبت على المرأة البالغة العاقلة¹⁸، وذلك لأن الجمهور¹⁹، وأبا يوسف من الحنفية في رواية²⁰، يذهبون إلى أن المرأة ليس لها أن تنفرد بأمر زواجها، بل لوليها سلطان

معها فهما شريكان في زواجهما، لا ينفرد به دونها، ولا تنفرد به بل يشتركان، ويتولى هو الصيغة؛ لأنهم يرون أن النساء لا يتولين إنشاء العقد، ولا يعقدن بعبارتهن، وإن كان لابد من رضاهن²¹.

وذهب أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف في الرواية المشهورة عنه²²، إلى أن المرأة البالغة العاقلة يجوز لها أن تباشر عقد زواجها بنفسها، ومع ذلك يرون استحباب مباشرة الولي عقد زواج موليته البالغة العاقلة، ويسمون ذلك ولاية استحباب²³.

أما عن موقف المشرع من ولاية الاختيار فقد أخذ بمذهب الحنفية في ذلك، وهو ما يستشف من نص المادة 11 الفقرة 01 والتي تنص على أنه: «تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره»²⁴.

ثالثا - شروط الولي في عقد الزواج: تنقسم شروط الولي في عقد الزواج إلى قسمين:

1 - شروط متفق عليها: اتفق الفقهاء²⁵ على أنه يشترط في الولي:

أ - الإسلام: لأنه لا ولاية للكافر على المسلمة بالإجماع، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء 141]، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنْكُمْ فَإِنَّهُ مِنْهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ﴾ [المائدة 51]. لأن إثبات الولاية للكافر على المسلم تشعر بإذلال المسلم من جهة الكافر، وهذا لا يجوز ولهذا صينت المسلمة عن نكاح الكافر²⁶.

ب - العقل والبلوغ: لأن المجنون والصبي لا ولاية لهما على أنفسهما، فمن باب أولى أن لا تكون لهما ولاية على غيرهما²⁷.

2 - شروط مختلف فيها: هناك جملة من الشروط اختلف الفقهاء في اشتراطها وعدم اشتراطها في الولي وهي:

أ - الرشد: ذهب الإمام أبو حنيفة²⁸، وأكثر أصحاب مالك وهو المشهور في المذهب²⁹ إلى أنه لا يشترط الرشد في الولي وعليه تجوز ولاية السفیه. قال بن

رشد: " وأما الرشد فالمشهور في المذهب: أعني عند أكثر أصحاب مالك أن ذلك ليس من شرطها"³⁰.

وذهب الإمام مالك³¹ والشافعي³² إلى اشتراط الرشد في الولي.

وسبب الخلاف: تشبيه هذه الولاية بولاية المال، فمن رأى أنه قد يوجب الرشد في هذه الولاية مع عدمه في المال قال: ليس من شرطه أن يكون رشيدا في المال، ومن رأى أن ذلك ممتنع الوجود قال: لا بد من الرشد في المال³³.

ب - العدالة: ذهب الأئمة أبو حنيفة³⁴ ومالك³⁵، والشافعي في أحد قوله³⁶، وأحمد في رواية وهو ظاهر كلام الخرقى³⁷، على أن للفاسق أن يلي عقد النكاح، يقول الكاساني: « ولنا إجماع الأمة أيضا فإن الناس عن آخرهم عامهم وخاصهم من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا يزوجون بناتهم من غير نكير من أحد خصوصا: الأعراب والأكراد والأترار، ولأن هذه ولاية نظر، والفسق لا يقدر في القدرة على تحصيل النظر، ولا في الداعي إليه، وهو الشفقة وكذا لا يقدر في الورثة فلا يقدر في الولاية كالعدل، ولأن الفاسق من أهل الولاية على نفسه فيكون من أهل الولاية على غيره كالعدل »³⁸.

وذهب الأئمة الشافعي³⁹ وأحمد⁴⁰ وهو الأصح في المذهبين، بأنه لا تجوز ولاية الفاسق، لقوله ﷺ: « لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل »؛ لأنها ولاية نظر، فلا يستبد بها الفاسق كولاية المال⁴¹.

قال الكاساني ردا على ذلك: «وأما الحديث فقد قيل أنه لم يثبت بدون هذه الزيادة- يعني مرشد - فكيف يثبت مع الزيادة ولو ثبت فنقول بموجبه: والفاسق مرشد؛ لأنه يرشد غيره لوجود آلة الإرشاد - وهو العقل - فكان هذا نفي الولاية للمجنون، وبه نقول: إن المجنون لا يصلح وليا والمحدود في القذف إذا تاب فله ولاية الإنكاح بلا خلاف؛ لأنه إذا تاب فقد صار عدلا، وإن لم يثبت فهو على الاختلاف؛ لأنه فاسق- والله الموفق »⁴².

ج- الذكورة: ذهب جمهور الفقهاء⁴³ إلى اعتبار الذكورة كشرط للولاية، فالمرأة لا ولاية لها على نفسها، فكيف تكون لها الولاية على غيرها، بينما ذهب

الحنفية⁴⁴ إلى أنه للمرأة أن تلي عقد نفسها كما لها أن عقد غيرها.

د - عدم الإحرام: ذهب جمهور⁴⁵ الفقهاء إلى أن المحرم بحج أو عمرة لا يجوز أن يلي عقد النكاح، استنادا لقوله ﷺ: «لا ينكح المحرم ولا ينكح» رواه الجماعة إلا البخاري.

وذهب الحنفية⁴⁶ إلى جواز ولاية المحرم لعقد الزواج، استنادا إلى ما رواه ابن عباس من أن رسول الله ﷺ تزوج ميمونة وهو محرم، رواه الستة. أي بأنه ﷺ أجرى عقده مع ميمونة وهو محرم.

رد عن هذا بأن أبا رافع قال تزوج رسول الله ﷺ ميمونة وهو حلال وبني بها وهو حلال وكنت أنا الرسول بينهما، قال الترمذي هذا حديث حسن، وميمونة أعلم بحال نفسها وأبو رافع صاحب القصة وهو السفير فيها، فهما أعلم بذلك من ابن عباس، وأولى بالتقديم لو كان ابن عباس كبيرا وقد كان صغيرا لا يعرف حقائق الأمور، وقد أنكر عليه هذا القول، فقال سعيد بن المسيب: وهم من ابن عباس ما تزوجها رسول الله ﷺ إلا حلالا فكيف يعمل بحديث هذا حاله، ويمكن حمل قوله وهو محرم أي في الشهر الحرام أو في البلد الحرام كما قيل: قتلوا ابن عفان الخليفة محرما، وقيل تزوجها حلالا وأظهر أمر تزويجها وهو محرم، ثم لو تعارض الحديثان كان تقديم حديثنا أولى؛ لأنه قول النبي ﷺ، وذلك فعله والقول أكد؛ لأنه يحتمل أن يكون مختصا بما فعله⁴⁷.

رابعا - الحكمة من وجود الولي في عقد الزواج: لقد اشترط فقهاء الشريعة الولي في عقد النكاح لتحقيق عدة مقاصد منها:

- ضمان حقوق المرأة وصون كرامتها من القيل والقال، فأبعدتها عن الخوض في مجالس الرجال؛ لأن في ذلك ما يضرها ويسلط الألسنة عليها.

- مراعاة مصلحة المرأة ببذل النصيح لها، ودالاتها على ما ينفعها⁴⁸؛ لأن الرجال أقدر من المرأة على البحث عن أحوال الخاطب ومعرفة حقيقته، فإذا ترك الأمر للمرأة، فربما لا تحسن الاختيار، فالمرأة عاطفية وقد تخدع بالمظاهر الكاذبة⁴⁹.

- إشراك المرأة أسرتها في الرأي والمشورة تفاديا للسلبات المتوقعة⁵⁰، فزواج المرأة ليس شأنًا خاصًا بها، بل له انعكاساته على أهلها، فهو ارتباط بين أسرتين، وارتباط المرأة بزوج صالح يريح أسرتها، أما إذا كان غير ذلك، فمشاكله معها ستمس أسرتها وتقلقها، فكيف يكون عليهم الغرم ولا يشاركون في قرار له انعكاساته على حياتهم كلها⁵¹. ولأن الولي الذي يتولى عقد موليته يهيئه إلى أن يكون عونًا على حراسة حالها وحصانتها، وأن تكون عشيرته وجيرته عونًا له في الذب عن ذلك⁵².

المطلب الثاني

أحكام الولاية في عقد الزواج

أولاً - طبيعة الولي في عقد الزواج: اصطلاح المالكية⁵³ والشافعية⁵⁴ على الولي في كتبهم بأنه ركن من أركان الزواج، أما الحنفية⁵⁵ والحنابلة⁵⁶ فيذهبون إلى أن ركن النكاح واحد وهو الإيجاب والقبول، أما الولي والصدوق والشهود، فقد اعتبروا عندهم من الشروط.

وقبل الخوض في مسألة حكم الولي في عقد الزواج لابد أن نبين أي الرأيين أرجح، هل الولي ركن أم شرط في عقد النكاح؟

1- الفرق بين الركن والشرط:

الركن لغة: هو الجانب الأقوى في الشيء⁵⁷.

وفي الاصطلاح: هو ماهية الشيء أو جزء منها يتوقف تقومها عليه⁵⁸؛ أي هو ما كان من حقيقة الشيء، أو هو ما يتوقف عليه الشيء، وكان جزء من ماهيته⁵⁹.

والشرط لغة: الشرط بفتح أوله وسكون ثانيه، جمع شروط، وهو إلزام الشيء والتزامه في البيع أو نحوه⁶⁰.

وفي الاصطلاح: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وكان خارجاً عنه، وليس مؤثراً فيه ولا موصلاً إليه⁶¹.

وعند أهل الأصول هو ما لا يلزم من وجوده لذاته وجود ولا عدم، ولكن يلزم

من عدمه عدم المشروط، كالطهارة بالنسبة إلى الصلاة، فإن وجود الطهارة لا يلزم من وجود الصلاة ولا عدمها؛ لأن المصلي قد يصلي وقد لا يصلي، بخلاف عدم الطهارة فإنه يلزم من عدمه عدم الصلاة⁶².

هذا يعني أن الركن والشرط أمران مختلفان؛ لأن الركن هو جزء من ماهية الشيء، أما الشرط فهو خارج عن ماهيته وحقيقته، وعقد الزواج معنى، والولي شخص، والشخص لا يمكنه أن يكون جزء من المعنى ولا من ماهيته، وهذا مما يرجح كون الولي شرطا من شروط عقد الزواج، وليس ركنا فيه، لأن وجود الولي لا يعني بالضرورة وجود عقد الزواج ولا عدمه، لكن عدم وجود الولي يعني عدم وجود عقد الزواج.

وهذا ما يلاحظ من خلال أقوال الفقهاء حتى الذين قالوا بركنية الولي:

جاء في بداية المجتهد لابن رشد: «اختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح أم ليست بشرط؟ فذهب مالك إلى أنه لا يكون النكاح إلا بولي، وأنها شرط في الصحة... ويتخرج على رواية ابن القاسم عن مالك في الولاية قول رابع: أن اشتراطها سنة لا فرض، وبه قال الشافعي»⁶³.

موقف المشرع الجزائري: بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة سنة 2005 بموجب الأمر 05-02 والمؤرخ في 27 فيفري 2005، فرق المشرع بين الأركان والشروط، وحسنا فعل؛ لأنه قبل تعديل القانون كان هناك خلطا واضحا بين الأركان والشروط، وقد قصر أركان عقد الزواج بركن وحيد وهو الرضا، أي الإيجاب والقبول، ويظهر ذلك في نص المادة 09 من قانون الأسرة بأنه: «ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين».

أما الشروط ومن ضمنها الولاية، فقد جاء النص عليها في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة بأنه: «يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج».

وهو ما نلمسه في قرارات المحكمة العليا التي كانت تعتبر الولي ركن من أركان عقد الزواج، ثم اعتبرته شرطا من خلال القرارات التالية:

- من المقرر شرعا وقانونا، أنه لصحة الزواج لابد من توافر أركانه من رضا الزوجين، وولي، وشاهدين، وصداق⁶⁴.

- من المستقر عليه قانونا وقضاء، أن عقد الزواج يعتبر صحيحا، متى تم برضا الزوجين، وحضور ولي الزوجة، وشاهدين، وصداق، وأبرم أمام موثق أو موظف مؤهل قانونا⁶⁵.

- ومن المقرر... أنه إذا اختل ركنان من أركان الزواج غير الرضا يبطل الزواج⁶⁶.

من خلال تحليلنا لهذه القرارات رغم أنها جاءت قبل تعديل القانون نجد أن القضاء لم يميز بين الرضا وغيره في القرارين الأول والثاني، إلا أنه فرق في أثر تخلف الرضا وبقية العناصر الأخرى في العقد في القرار الأخير حيث رتب البطلان عن تخلف ركن الرضا، بينما لا يبطل العقد إلا إذا تخلف ركنان اثنان من بين العناصر الأخرى، وهو ما يبين بأن بقية العناصر ليست أركاناً، وإنما شروطاً، وإلا كان هذا تناقضاً، وإن اصطلاح عليها أركاناً فهذا من باب المجاز وتأثراً بما جاء في القانون وكتب الفقهاء المالكية الذين كانوا يطلقون على الشروط مصطلح أركان.

ثانياً - حكم الولي في عقد الزواج: رأينا في ما سبق بأن فقهاء الشريعة اتفقوا على أن الولي شرط في عقد الزواج، لكنهم اختلفوا، هل هو شرط صحة في العقد أم شرط تمام؟ وسبب اختلافهم كما يقول ابن رشد: «أنه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح، فضلا عن أن يكون في ذلك نص، بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هي كلها محتملة، وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط إسقاطها هي أيضا محتملة في ذلك، والأحاديث مع كونها محتملة في ألفاظها مختلف في صحتها»⁶⁷.

وسنحاول فيما يلي ذكر أدلة كل فريق مع الاختصار في مناقشتها حول حكم الولي في عقد الزواج، ثم نبين موقف المشرع الجزائري من المسألة ومناقشته.

ذهب الفقهاء في حكم الولي في عقد الزواج مذهبين:

المذهب الأول: ذهب المالكية⁶⁸ والشافعية⁶⁹ والحنابلة⁷⁰ إلى أن الولي شرط صحة في العقد، وأنه لا يصح العقد بدون ولي، ولا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها، ولا تزوج غيرها سواء كانت بكرا أو ثيبا. وليس لها أن توكل غيرها في إنشاء هذا العقد.

الأدلة: استدل أصحاب هذا المذهب بجملته من الأدلة من الكتاب، والسنة، ومن المعقول.

من الكتاب:

1- قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة 232].

وجه الدلالة من هذه الآية وجهان كما قال الماوردي في الحاوي الكبير: «أحدهما: نهي الأولياء عن عضلهم والعضل المنع في أحد التأويلين،... فلو جاز لهن التفرد بالعقد لما أثر عضل الأولياء، ولما توجه إليهم النهي. والثاني: قوله في سياق الآية: ﴿ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ ﴾، والمعروف ما تناوله العرف بالاختيار وهو الولي والشاهدان»⁷¹.

الرد: هذه الآية ليس فيها أكثر من نهي قرابة المرأة وعصبتها من أن يمنعوها النكاح، وليس نهيهم عن العضل مما يفهم منه اشتراط إذنهم في صحة العقد، لا حقيقة ولا مجازا،... بوجه من وجوه أدلة الخطاب الظاهرة أو النص، بل قد يمكن أن يفهم منه ضد هذا، وهو أن الأولياء ليس لهم سبيل على من يلونهم⁷².

2- قوله تعالى: ﴿ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا ﴾ [البقرة 221]، وقوله: ﴿ وَانكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ ﴾ [النور 32].

وجه الدلالة من هاتين الآيتين أن الخطاب هنا للأولياء⁷³. ففي الآية الأولى أن الخطاب بالإنكاح للأولياء على الأيامي، والأيامي جمع أيم وهو اسم للمرأة التي لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا. وحيث قد ثبت الولاية عليها فلا تكون والية، أما

في الثانية، فكأنه قال لا تنكحوا أيها الأولياء مولاتكم من المشركين، فدل ذلك على أن الولاية لهم لا للنساء⁷⁴.

الرد: إن هذا الخطاب يكون خطاباً لأولي الأمر من المسلمين أو لجميع المسلمين أخرى منه أن يكون خطاباً للأولياء، وبالجملة فهو متردد بين أن يكون خطاباً للأولياء أو لأولي الأمر. فمن احتج بهذه الآية فعليه البيان أنه أظهر في خطاب الأولياء منه في أولي الأمر، فإن قيل إن هذا عام، والعام يشمل أولي الأمر والأولياء، ولو قلنا إنه خطاب للأولياء يوجب اشتراط إذنهم في صحة النكاح لكان مجملاً لا يصح به عمل؛ لأنه ليس فيه ذكر أصناف الأولياء ولا صفاتهم ولا مراتبهم، والبيان لا يجوز تأخيره عن وقت الحاجة، ولو كان في هذا كله شرع معروف لنقل تواتراً أو قريباً من التواتر؛ لأن هذا مما تعم به البلوى، ومعلوم أنه كان في المدينة من لا ولي له. ولم ينقل عنه ﷺ أنه كان يعقد أنكحتهم ولا ينصب لذلك من يعقدها، وأيضاً فإن المقصود من الآية الأولى ليس هو حكم الولاية وإنما المقصود منها تحريم نكاح المشركين والمشركات وهذا ظاهر، والله أعلم⁷⁵.

3 - قوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ [النساء 25].

وجه الدلالة: جعل إذن الأولياء شرطاً في نكاح المرأة، فدل على بطلانه لعدمه⁷⁶.

الرد: هذه الآية تدل على شرط استئذان الأهل في نكاح المرأة، وليس فيه دلالة على منع المرأة من أن تتولى العقد بنفسها.

من السنة: استدلال القائلون باشتراط الولي في العقد من السنة بجملة من الأحاديث نذكر منها:

- قوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي». رواه الترمذي، وصححه الألباني في الإرواء.

- قوله ﷺ: «أيا امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، باطل، باطل». رواه الترمذي، وقال حديث حسن. وصححه الألباني في الإرواء.

وجه الدلالة في الحديثين أنهما جاءا لنفي الحقيقة الشرعية عن عقد النكاح،

ولا يمكن حمل الحديث الأول على نفي الكمال؛ لأن كلام الشارع محمول على الحقائق الشرعية؛ أي: لا نكاح شرعي أو موجود في الشرع إلا بولي⁷⁷.

- قوله ﷺ: «لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها». رواه ابن ماجه.

وجه الدلالة في هذا الحديث أن المرأة ناقصة بالأنوثة؛ ولأنه عقد نكاح فوجب افتقاره إلى ولي العقد، كالعقد على الصغيرة، ولأن الولي شرط في النكاح واحتياط للفروج، لئلا تحمل المرأة شهوة النكاح ميلها إلى الرجال على التسرع إلى وضع نفسها في غير كفو، فتلحق عارا بأوليائها⁷⁸، وفي الحديث نهى صريح للمرأة مباشرتها العقد أصالة عن نفسها ونيابة عن الغير، والنهي يقتضي الفساد والبطلان، فيكون دليلاً على عدم صحة عقد المرأة زواجها بدون ولي.

الرد: إن حديث «لا نكاح إلا بولي» لا يصلح للاستدلال، لأن في روايته عن أبي موسى اضطراباً في الإسناد فقد روى مرة موصولاً ومرة منقطعاً وأخرى مرسل، فلا ورثه هذا الاضطراب ضعفاً لا يصلح معه للحجية. ولو سلمنا أنه يصلح لكان من قبيل الحديث الحسن وهو لا يقاوم الحديث الصحيح عند التعارض، فمن الواجب حينئذ الأخذ بالصحيح وهو قوله ﷺ: «الطيب أحق بنفسها» رواه البخاري⁷⁹.

أما حديث: «أما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، باطل، باطل» فهو حديث مختلف في وجوب العمل به، والأظهر أن ما لا يتفق على صحته أنه ليس يجب العمل به. وأيضاً فإن سلمنا بصحة الحديث فليس فيه إلا اشتراط إذن الولي لمن لها ولي، وإن سلمنا أنه عام في كل امرأة، فليس فيه أن المرأة لا تعقد على نفسها، يعني أن لا تكون هي التي تلي العقد بل الأظهر منه أنه إذا أذن الولي لها جاز أن تعقد على نفسها دون أن تشترط في صحة النكاح إسهام الولي معها⁸⁰. وإن هذا الحديث مداره على الزهري فعرض عليه فأنكره وهذا يوجب ضعفاً في الثبوت، ويحقق الضعف أن راوي الحديث عائشة رضي الله عنها ومن مذهبها: جواز النكاح بغير ولي، والدليل عليه: ما روي أنها زوجت بنت أخيها عبد الرحمن

من المنذر بن الزبير، وإذا كان مذهبها في هذا الباب هذا، فكيف تروي حديثاً لا تعمل به؟ ولئن ثبت فنحمله على الأمة؛ لأنه روي في بعض الروايات: «أيا امرأة نكحت بغير إذن مواليها» دل ذكر الموالي على أن المراد من المرأة الأمة، فيكون عملاً بالدلائل أجمع⁸¹.

من المعقول: النكاح له مقاصد شتى فهو عقد العمر حيث يتحقق به السكن والاستقرار لكلا الزوجين وإنجاب الأولاد وتربيتهم والمحافظة عليهم، وتحصيلاً لهذه المصالح على الوجه الأكمل ألا تتولى المرأة عقد النكاح؛ لأنه يتطلب خبرة ودراسة بأحوال الرجال لمعرفة من يصلح للحياة الزوجية ومن لا يصلح، وهذا لا يتيسر للنساء لقلة خبرتهن وسرعة تأثرهن وانخداعهن وغلبة العاطفة عليهن مما يكون سبباً في المتعة العاجلة دون نظر إلى المستقبل البعيد، كما لا يليق بمحاسن العادات دخولها فيه لما قصد منها من الحياء وعدم ذكره بما يتنافى مع حال أهل الصيانة والمروءة. أما الرجال فهم الذين يستطيعون الوقوف على كل هذه الدقائق لسعة تجاربهم في ممارسة شئون الحياة ولهذا كان من المصلحة جعل العقد بيد الرجال دون المرأة⁸².

المذهب الثاني: ذهب الحنفية إلى عدم اشتراط الولي في عقد الزواج، وإنما قالوا باستحبابه على وجه الندب، وبالتالي يصح الزواج عندهم بدون ولي، ولا يحق له الاعتراض على العقد إلا إذا لم تحسن الاختيار، وزوجت نفسها من غير كفاء أو دون مهر المثل، عندها يلجأ إلى القاضي لطلب فسخ العقد⁸³.

الأدلة: استدل أصحاب هذا المذهب بجملته من الأدلة من الكتاب، والسنة، ومن المعقول.

من الكتاب⁸⁴:

- قوله تعالى: ﴿وَأَمْرًا مُمْتَنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [الأحزاب 50].

وجه الدلالة: أن هذه الآية فيها نص على انعقاد النكاح بعبارتها، فكانت حجة على المخالف.

- قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ [البقرة 230].

وجه الدلالة في هذه الآية: من وجهين أحدهما: أنه أضاف النكاح إليها فيقتضي تصور النكاح منها، والثاني: أنه جعل نكاح المرأة غاية الحرمة فيقتضي انتهاء الحرمة عند نكاحها نفسها وعنده لا تنتهي.

- قوله تعالى: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا ﴾ [البقرة 230].

وجه الدلالة في هذه الآية أنه أضاف النكاح إليهما من غير ذكر الولي.

الرد: بأن إسناد الإنكاح إلى الأولياء قد ورد في آيات أخرى، فوجب أن يكون الإسناد حقيقيا في البعض الآخر، ولا قائل بأن إسناد الإنكاح إلى الأولياء مجازيا، فوجب أن يكون المجاز في إسناد النكاح إلى النساء لأنهن محل العقد، يدل على ذلك ما صح من الحديث في سبب نزول قوله تعالى: ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾، فدل ذلك على أن الآية لا تصلح للاحتجاج فيما ذهب إليه الحنفية⁸⁵. وإضافة النكاح إليهن ليس فيه دليل على اختصاصهن بالعقد، لكن الأصل هو الاختصاص إلا أن يقوم الدليل على خلاف ذلك⁸⁶.

- قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة 232].

وجه الدلالة في هذه الآية من وجهين أحدهما: أنه أضاف النكاح إليهن فيدل على جواز النكاح بعبارتهم من غير شرط الولي، والثاني: أنه نهى الأولياء عن المنع عن نكاحهن أنفسهن من أزواجهن إذا تراضى الزوجان، والنهي يقتضي تصوير المنهي عنه.

الرد: هذه الآية نزلت في معقل بن يسار، ولو لم يكن له الحق في ولايته عليها، لما عاتبه القرآن الكريم على التعسف في استعمال هذا الحق، ولا يلغي حق الولي، فالمراد بالآية أن المرأة متى رغبت في الزواج، فلا يمنعها الولي من ذلك، وسبب النزول خير دليل على ذلك⁸⁷.

من السنة⁸⁸ :

- قوله ﷺ: «ليس للولي مع الثيب أمر» أخرجه أبو داود والنسائي.

وجه الدلالة أن في هذا الحديث قطع ولاية الولي عنها.

الرد: المقصود من الحديث إن لم ترض فليس لوليها إجبارها لما سلف من الدليل على اعتبار رضاها، ولا يقتضي ذلك أن تنفرد بالعقد دونه لأن العقد إلى الولي⁸⁹.

- قوله ﷺ: «الأيّم أحق بنفسها من وليها» أخرجه البخاري ومسلم.

وجه الدلالة في هذا الحديث أنها لما بلغت عن عقل وحرية فقد صارت ولية نفسها في النكاح فلا تبقى موليا عليها كالصبي العاقل إذا بلغ.

الرد: المقصود من الحديث أن الولي لا يزوجه إلا برضاها وإذنها ؛ يعني أن لها حقا في نكاحها، كما لوليها حقا، وحقها أوكد من حقه، فإنه لو أراد تزويجها كفوًا وامتنعت لم تجبر، ولو أرادت أن تتزوج كفوًا وامتنع أجبر، فإن أصر زوجها القاضي⁹⁰.

من المعقول: أن ولاية الإنكاح إنما ثبتت للأب على الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعا لكون النكاح تصرفا نافعا متضمنا مصلحة الدين والدنيا وحاجتها إليه حالا ومآلا، وكونها عاجزة عن إحراز ذلك بنفسها، وكون الأب قادرا عليه، وبالبلوغ عن عقل زال العجز حقيقة وقدرت على التصرف في نفسها حقيقة، فتزول ولاية الغير عنها وتثبت الولاية لها ؛ لأن النيابة الشرعية إنما تثبت بطريق الضرورة نظرا، فتزول بزوال الضرورة، مع أن الحرية منافية لثبوت الولاية للحر على الحر، وثبوت الشيء مع المنافي لا يكون إلا بطريق الضرورة، ولهذا المعنى زالت الولاية عن إنكاح الصغير العاقل إذا بلغ وتثبت الولاية له، وهذا المعنى موجود في المرأة، ولهذا زالت ولاية الأب عن التصرف في مالها، وتثبت الولاية لها كذا هذا، وإذا صارت ولي نفسها في النكاح لا تبقى موليا عليها بالضرورة لما فيه من الاستحالة.

وأما الخطاب للأولياء بالإنكاح ليس يدل على أن الولي شرط جواز الإنكاح بل على وفاق العرف والعادة بين الناس فإن النساء لا يتولين النكاح بأنفسهن عادة لما فيه من الحاجة إلى الخروج إلى محافل الرجال وفيه نسبتهم إلى الوقاحة بل الأولياء هم الذين يتولون ذلك عليهن برضاهن، فخرج الخطاب بالأمر بالإنكاح مخرج العرف والعادة على الندب والاستحباب دون الحتم والإيجاب⁹¹.

الراجح:

من خلال ما سبق من الآراء نرى اتفاق المذاهب على اشتراط رضا المرأة بزواجها، ولا يمكن للولي أن يزوجه بغير رضاها، لكن للولي حق في نكاحها لما يلحقه من الفخار إذا تزوجت بكفاء، وما يلحقه من العار إذا تزوجت بغير كفاء، فلا بد من رضاها على العقد لما له من خبرة في شؤون الرجال، ولما له من مصلحة في ذلك، وبالتالي نرى بأنه إذا أراد الولي أن يزوج من تحت ولايته أن لا يزوجه بغير رضاها وأن يشاورها ويستأذنها في كل أمور العقد، ومن ثم تأذن له بتولي عقدها فهو أحوط للمرأة وتقوية لجانبها، وأجلب للمحبة وأقرب لمحاسن الأخلاق، فكيف لبنت رباها أبوها حتى صارت عروسا، وهو ينتظر اليوم الذي ستزف فيه إلى بيتها، ويقوم هو بوضعها في مكان يطمئن فيه عليها، فيسلب فجأة هذا الحق، ويترك للفتاة التي يمكن أن تضع نفسها في يد غير كفاء فتلحق به العار، الذي يمكن أن يدفعه إلى عدم الاعتراف بها، وبالتالي عدم حمايتها والوقوف معها عندما يحصل لها أي مشكل، وأيضا لا بد من مراعاة الأعراف والتقاليد التي لا تتنافى مع الشرع وفيها تحقيق لمصالح الجميع، خصوصا في هذا الوقت الذي كثرت فيه المشاكل والفتن بهذا الانفتاح الرهيب في كل المجالات مما قد يدفع الفتاة للوقوع في أيد غير أمينة، والفتاة يغلب عليها العاطفة وبالتالي قد تقع في سوء التقدير لمصلحتها. فالولاية وسيلة حماية وليست وسيلة تقييد.

موقف المشرع الجزائري: بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة سنة 2005 بموجب الأمر 02-05 والمؤرخ في 27 فيفري 2005، فقد جاء في نص في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة بأنه: « يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج ».

وجاء في نص المادة 11 بأنه: «تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره. دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون.

يتولى زواج القصر أولياؤهم وهو الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له.»

وجاء في المادة 33 بأنه: «يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صديق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صديق فيه، ويثبت بعد الدخول بصديق المثل.»

من خلال القراءة المتأنية للمواد نلاحظ ما يلي:

- أن المشرع جعل الولي أحد الشروط الموضوعية في عقد الزواج بموجب المادة 09، وهو ما يفهم منه أنه جعله شرط صحة في العقد.

- إلا أنه جاء في نص المادة 11، وجعل للولي وضعين مختلفين، جعله شرطاً في حق القاصرة بحكم أنه من سيتولى العقد، وجعله في حكم الشاهد على العقد في زواج البالغة؛ لأنها هي من ستتولى العقد ويكفي للولي حضوره.

- و مما يقوي موقفنا السابق من تحليل المادتين، هو ما جاء النص عليه في المادة 33، حيث رتب الفسخ قبل الدخول للعقد الذي لا يكون فيه الولي في زواج القاصرة بقولها في حالة وجوبه، وعدم ترتيب أي أثر لعدمه في حال زواج البالغة.

فموقف المشرع جاء توفيقياً بين العناصر المتجاذلة حول الولاية مما أضفى تناقضاً واضحاً بين نصوص المواد.

ثالثاً - حقوق وواجبات الولي في عقد الزواج:

أ - حقوق الولي في عقد الزواج:

تقتصر حقوق الولي في عقد الزواج على الحق في اختيار الكفء لمن هي

تحت ولايته، لما فيه مصلحة للفتاة ؛ لأن الكفء تصلح به حياة المرأة وتستقر، وأيضا لما للولي من مصلحة ؛ لأن عقد الزواج ليس ارتباطا بين امرأة ورجل فحسب، بل هو ارتباط بين أسرتين، فإن كان كفاء فسيلحق بهذا الولي وأسرتهما الفخار، إن كان غير كفاء فسيلحق بالولي وأسرتهما العار⁹².

ب - واجبات الولي في عقد الزواج: تتعدد واجبات الولي في عقد الزواج، لما في ذلك من تحقيق لمصلحة المولى عليها، وكذلك لأهمية عقد الزواج ؛ لأنه عقد حياة إما أن تسعد فيه الفتاة وتستقر حياتها أو العكس، ومن واجبات الولي في عقد الزواج نذكر:

1- أن يزوج من تحت ولايته بالمتصف بالدين والأخلاق، وهذا لقوله ﷺ: « إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض ». رواه الترمذي.

مما سبق يتبين أن من واجبات الولي اختيار الزوج الصالح لموليته، فهذا ما سيجلب لها السعادة والاستقرار في حياتها.

2- اختيار الولي لموليته حسن الخلقة، بالإضافة إلى الدين وحسن الخلق على الولي أن يراعي الولي حسن الخلقة والصورة فيمن يزوجه موليته، والمقصود بذلك أن يكون مقبولا صورة ومظهرا⁹³.

جاء في كشف القناع: « قال بن الجوزي في كتاب النساء: ويستحب لمن أراد أن يزوج ابنته، أن ينظر لها شابا مستحسن الصورة، ولا يزوجه دميما »⁹⁴.

3- أن يزوج موليته من يكافئها في السن، فلا يزوجه شيخا إن كانت شابة ؛ لأن التفاوت الكبير في السن سيؤدي إلى عدم الانسجام بينهما⁹⁵، وربما يؤدي هذا إلى ما لا تحمد عقباه.

جاء في كشف القناع: « ومن التغفيل أن يتزوج الشيخ الصبية »⁹⁶.

4- أن لا يمتنع الولي عن تزويج موليته، إذا تقدم إليها كفاء ورضيت به ؛ أي أن يمتنع عن عضل موليته، وذلك لقوله تعالى: ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ ﴾ [البقرة 232]،

وقد اتفق الفقهاء على أنه إذا تقدم للفتاة من ترضى به وكان كفاء لها، فليس للولي أن يمنعها من التزوج به.

وعند الحنفية⁹⁷ العضل هو امتناع الولي تزويج الصغيرة من الزوج الكفاء بمهر المثل أو أكثر، أما الحرة البالغة إذا طلبت النكاح من كفاء وجب عليه التزويج منه، فإن امتنع فقد أضر بها، فتنتقل الولاية إلى القاضي وهو من يقوم بتزويجها.

وعند المالكية⁹⁸ في العضل تفصيل، وهو إن كان الولي غير مجبر ولو كان أبا، وهذا في حق البالغة العاقلة، يجب عليه أن لا يمتنع عن تزويج موليته إن تقدم إليها كفاء ورضيت به، ولو دعاها إلى كفاء آخر وجب الأخذ بالكفاء الذي أرادته ورضيت به، فإن امتنع عن تزويجها رفع الأمر إلى القاضي، ليبين الولي وجه اعتراضه، فإن لم يبد سببا مقبولا وكل القاضي من يعقد عليها إذا أصر الولي عن امتناعه، أما إن كان الولي مجبرا فله أن يمتنع عن تزويج موليته ولو تقدم إليها كفؤ وإن تكرر رده حتى يتحقق إضراره ولو برده الكفؤ مرة واحدة، فإن تحقق أمره القاضي بتزويجها وإن امتنع عين القاضي وكيلا ليعقد عليها.

وعند الشافعية⁹⁹ العضل هو امتناع الولي غير المجبر تزويج موليته البالغة العاقلة الرشيدة من الكفاء الذي رضيت به ؛ لأن الواجب عليه تزويجها من كفاء، فإن امتنع زوجها القاضي.

وعند الحنابلة¹⁰⁰ العضل هو امتناع الولي عن تزويج موليته بكفاء رضيت به وطلبته، ورغب كل منهما في الآخر ولو كان بدون مهر مثلها، فإن امتنع انتقلت الولاية للأبعد، فإن امتنع انتقلت إلى القاضي.

والراجح من أقوال الفقهاء كما ذهب إلى ذلك الشيخ عبد الكريم زيدان انتقال الولاية من الولي الأقرب العاضل إلى الولي الأبعد، ثم إلى القاضي ؛ لأن الولاية لا تنتقل إلى القاضي مع وجود الولي، لقوله ﷺ: « السلطان ولي من لا ولي له » رواه الترمذي، وقال حديث حسن. وصححه الألباني في الإرواء، إلا أن انتقال الولاية من الأقرب للأبعد لا بد أن تكون بحكم القاضي لدفع الفساد وإنهاء للنزاع، فقد يعقد كل من الوليين الأقرب العاضل لعدم زوال الولاية عنه أو رجوعه عن

عضله، والأبعد لانتقالها إليه بعضل الأقرب، وفي عقد النكاح لرجلين على امرأة واحدة فساد عظيم لا يخفى، ودفعه يكون بالرجوع إلى القضاء لإثبات عضل الولي، وإسناد الولاية للأبعد¹⁰¹.

وقد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا بأن الولي إذا امتنع عن تزويج من في ولايته بمن ترغب فيه وكان أصلح لها، أن ترفع أمرها للقاضي ليأذن به ويزوجها، وهذا نص القرار:

- من المقرر قانوناً أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع للقاضي أن يأذن به... ومتى تبين في قضية الحال أن الأب امتنع من تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بنى عليها هذا الامتناع، فإن القضاة بقضائهم بإذن المدعية بالزواج طبقوا صحيح القانون¹⁰².

مما سبق يتضح أنه ليس للولي أن يمتنع عن تزويج من هي تحت ولايته إن تقدم لها من هو أصلح لها ورغبت فيه، إلا أن له حق الاعتراض عن تزويجها، ولكن بإبداء أسباب مقنعة، وإلا اعتبر عاضلاً لها للضرر الذي سيلحقه بها بتفويت زواجها من الكفاء، فجاز للفتاة هنا أن ترفع أمرها للقاضي ليأمره بتزويجها، فإن امتنع، فللقاضي أن يأذن بتزويجها بمن ترغب.

رابعا - وظيفة الولي في عقد الزواج:

سأحاول من خلال هذا العنصر توضيح وظيفة الولي في عقد الزواج، وبالتالي توضيحاً أكبر لمركزه في عقد الزواج.

عرفنا فيما سبق أن للولي حقا شرعياً وقانونياً يكتسب بمقتضاه الإشراف على عقد المولى عليها، سواء كانت قاصراً أم كاملة الأهلية، إلا أن هذا الحق يتضح من خلال وظيفة الولي في عقد الزواج التي تختلف من حيث مضمونها ومداهما بحسب حال المولى عليها إن كانت قاصراً أم كاملة الأهلية، وهو ما سنحاول بيانه فيما يأتي:

1- وظيفة الولي في زواج القاصرة: تتجلى وظيفة الولي، وصلاحياته في زواج

القاصرة في أقصى مداها، ولعل هذا يتجلى عند الفقهاء في ما يصطلح عليه ولاية الإيجاب، فيمكن للولي بمقتضى هذه الولاية أن تكون كل تصرفاته وأقواله نافذة في حق المولى عليها دون الأخذ بعين الاعتبار موافقتها أو رضاها، لأن من ثبتت في حقها هذه الولاية في حاجة أكثر للحماية والرعاية، لقلّة خبرتها بحال الرجال، ولغلبة الحياء عليها.

واحتياطاً لسوء استعمال الولي لحقه والانحراف به عن مقصده، حصر جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة هذه الولاية في طائفة محدودة، فالولي المجبر عند المالكية¹⁰³ والحنابلة¹⁰⁴ هو الأب بالنسبة للبكر البالغ، والأب ووصيه بالنسبة للصغيرة. أما عند الشافعية¹⁰⁵ فحصرها في الأب والجد؛ لأنهم أكثر حرصاً على مصلحة المولى عليها، ولا يتصور منهم إلحاق الضرر بها، أما الحنفية¹⁰⁶ فقد جعلوها في كل العصابات.

وقد سبق الحديث عن علة الإيجاب في كل مذهب، فالحنفية ذهبوا إلى أن علة الإيجاب هي الصغر والجنون، بينما ذهب المالكية والحنابلة إلى أنها تتمثل في الصغر والجنون والبكارة، وذهب الشافعية إلى أنها تتمثل في الجنون والبكارة، شريطة أن لا تكون بكارتها قد زالت بوطء في عقد صحيح أو فاسد بشبهة تدرأ عنها الحد، أما التي زالت بكارتها بزنا أو عارض فإنها تجبر لأنها في حكم البكر، والراجح عند الشافعية والحنابلة أن التي زالت بكارتها بزنا لا تجبر، لأنها في حكم الثيب¹⁰⁷.

في هذه الحالة يعتبر الولي هو العاقد بمقتضى الوكالة التي منحها له الشرع، فيقوم في هذه الحال باختيار الزوج والاتفاق معه على بنود العقد وشروطه، وتعتبر إرادته هي المعتمدة في ذلك، دون الأخذ بعين اعتبار إرادة المولى عليها ولا موافقتها، لعدم معرفتها بشؤون الزواج. إلا أن الفقهاء لهم تفصيلات في هذه الصلاحية التي منحت للولي المجبر الذي وإن توفرت فيه الشفقة والرحمة تجاه المولى عليها، إلا أن هذا قد لا يمنعه من التعسف وسوء استخدام هذه الصلاحية، فهل تزويجه لها يعتبر ملزماً لها دائماً ولو كان مضراً بها، أم يجوز فسخه؟.

عند الحنفية¹⁰⁸: إذا كان الولي الذي تولى عقد نكاح الصغيرة هو الأب أو

الجد، ولم يعرف بسوء الاختيار للمجون أو الفسق، فالزواج صحيح ونافذ، ولا يثبت لها حق خيار الفسخ بعد البلوغ، ولو كان الزوج غير كفء، أو كان الزواج بأقل من مهر المثل؛ وذلك لأن الأب والجد ما رضيا بغير الكفاء أو بأقل من مهر المثل إلا لما رأياه من مصلحة للصغيرة، لتوفر الشفقة والرحمة فيهما تجاه المولى عليها.

وإن عرف الأب أو الجد بسوء الاختيار للفسق أو المجون، فإن زوجها أحدهما بكفاء وبمهر المثل صح التزويج، وإن لم يكن كذلك لم يصح العقد؛ لأنه لا يمكن حمله على الصحة لما عرف عنهما من سوء الاختيار.

أما إن قام بتزويجها غير الأب والجد، فلا يصح العقد بغير الكفاء، أو بأقل من مهر المثل باتفاق.

وإن كان تزويجها بكفاء وبمهر المثل صح التزويج، ولكنه غير لازم لها فلها حق خيار فسخ العقد عند البلوغ إذا علمت به قبل بلوغها أو بعد بلوغها، ويرجع ذلك لقصور شفقة غير الأب والجد خلافا لهذين الأخيرين، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد.

أما أبو يوسف فذهب إلى أنه لا خيار لها في الفسخ، كما لا خيار لها إذا زوجها الأب أو الجد؛ لأن غير الأب والجد من الأولياء عقد عقد الزواج بولاية مستحقة له بالقرابة؛ لأن القرابة سبب كامل لاستحقاق الولاية.

أما إن كان الولي في الزواج هو القاضي، فالأرجح أن لها حق الخيار في الفسخ عند البلوغ، وروي عن أبي حنيفة أنه لا يثبت لها هذا الحق؛ لأن ولاية القاضي ولاية تامة تثبت في المال والنفس جميعا، فتكون ولايته في القوة كولاية الأب.

وإذا زوج الولي أيا كان من الأولياء الصغيرة بزواج به عيب العنة أو الجب أو الخصاء، أو البرص، أو الجذام، أو الجنون، فلها حق الخيار في الفسخ بعد البلوغ، فإن رضيت بالبقاء معه، فقد أسقطت حقها في الخيار.

وقد اشترط فقهاء الحنفية لاستعمال حق الفسخ شرطان:

الأول: عدم رضا الصغيرة بالزواج بعد البلوغ، فإن بلغت وعلمت بالنكاح وسكتت سقط حقها في الخيار، وإن لم تعلم بالنكاح فلها الحق حتى تعلم بعد البلوغ فتسكت، ولا يشترط علمها بأن لها حق خيار الفسخ؛ لأن علمها بأحكام الشرع مفترض فيها ما دامت في أرض الإسلام، فلا يعذر الجاهل بأحكام الشرع بجهله، إلا أنه لو دخل بها زوجها قبل البلوغ، فإن خيارها لا يسقط بعد البلوغ بسكوتها، بل لا بد لسقوطه من الإعلان الصريح برضاها أو ما يقوم مقامه من فعل يدل على الرضا.

الثاني: لا بد من أن يكون استعمال حق خيار الفسخ أمام القاضي، ويطلب منه إصدار حكم بالفسخ؛ لأن الفسخ لدفع الضرر الذي تدعيه المرأة بسبب قصور شفقة الولي؛ ولأن خيار الفسخ مختلف فيه بين الفقهاء فكان لا بد من حكم القاضي ليرفع الخلاف.

وما قيل في حق الصغيرة من استعمالها حق خيار الفسخ بعد البلوغ، فهو ينطبق على المجنونة إذا عقلت.

عند المالكية¹⁰⁹: يرى المالكية أنه إذا عقد الولي المجرى عقد زواج من تحت ولايته، وهو الأب بالنسبة للبكر البالغ، والأب والوصي بالنسبة للصغيرة، فإن لها حق الخيار إذا وجدت في زوجها عيبا كالبرص والجذام والخصاء والجب، ما لم تكن عالمة بالعيب قبل العقد، ولم ترض بالعيب عندما علمت به بعد العقد؛ لأنها إن كانت تعلم به قبل العقد أو رضيت به بعد علمها به بعد العقد فلا خيار لها.

لكن لو كان الولي يعلم بالعيب ومع هذا أجرى عقد النكاح على الصغيرة، فهل لها حق الفسخ أم لا استنادا لعلم الولي بذلك؟

يقول الدكتور عبد الكريم زيدان: «لم أقف على قول المالكية في هذه المسألة، والظاهر أن لهما حق الفسخ؛ ولا يقوم علم الولي مقام علم الصغيرة أو الصغير به؛ لأن تصرف الولي منوط بالمصلحة... لا سيما إذا كان صغيرا أو صغيرة، ويخص ذاتيهما بعد النكاح؛ ولأن في عدم إعطائهما حق الفسخ، لا سيما

الصغيرة إذا بلغت، ضررا بهما دون تسبب فيه والضرر مرفوع».

عند الشافعية¹¹⁰: يرى الشافعية أن الولي المجبر وهما الأب أو الجد إذا زوج من تحت ولايته بكفء وبمهر المثل، ولم يكن به عيب من عيوب النكاح، شريطة أن لا يكون بينه وبين المولى عليها عداوة ظاهرة، صح العقد ولم يكن لها حق خيار الفسخ بعد البلوغ. أما إن زوجها بغير كفء أو بأقل من مهر المثل، أو كان بالزوج به عيب من عيوب النكاح، أو كان بينه وبين المولى عليها عداوة ظاهرة لم يصح عقده، ولو عقد عليها لرجل به عيوب، ثم ذهبت عنه قبل بلوغها، أو عند بلوغها واختارت المقام معه لم يكن لها ذلك؛ لأن أصل العقد كان مفسوخا.

ولو عقد الولي عقد الزواج صحيحا على من تحت ولايته، ولكن طرأ عيب لو كان موجودا لما انعقد العقد صحيحا، ففي هذه الحالة يكون للصغيرة حق خيار الفسخ عند البلوغ، فإن شاءت رضيت وإن شاءت فسخت العقد.

عند الحنابلة¹¹¹: يرى الحنابلة أن الولي المجبر أنه إذا زوج من تحت ولايته بمعيب، وهو يعلم بهذا العيب لم يصح عقده؛ لأنه عقد عقدا لا يجوز عقده، وإن لم يكن يعلم يصح عقده، لكن يجب عليه الفسخ عند العلم؛ لأنه ناظر لها بما فيه مصلحتها، وهذا العقد به ضرر بها.

وإذا زوجها بكفء فالزواج صحيح وإن لم ترض به كبيرة أو صغيرة، أما إذا زوجها بغير كفء، فنكاحها باطل على إحدى الروايتين لأحمد؛ لأنه عقد لموليته عقدا لا مصلحة لها فيه بغير إذنها، وفي الرواية الثانية يصح؛ لأنه عيب في المعقود عليه فلم يمنع الصحة كسواء المعيب الذي لا يعلم عيبه. قال بن قدامة: «ويحتمل أن يصح نكاح الكبيرة؛ لأنه يمكن استدراك الضرر، بإثبات الخيار لها، فتفسخ إن كرهت، وإن لم تفسخ كان كإجازتها وإذنها، بخلاف نكاح الصغيرة، وعلى القول بصحته؛ فإن كانت كبيرة، فلها الخيار، ولا خيار لأبيها إذا كان عالما؛ لأنه أسقط حقه برضاه، وإن كانت صغيرة، فعليه الفسخ، ولا يسقط برضاه؛ لأنه يفسخ لحظها، وحقها لا يسقط برضاه. ويحتمل أن لا يكون له الفسخ، ولكن يمنع الدخول عليها حتى تبلغ فتختار».

موقف المشرع الجزائري: بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة سنة 2005 بموجب الأمر 05-02 والمؤرخ في 27 فيفري 2005، جاء في نص المادة 07: «تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج».

وجاء في نص المادة 02/11 بأنه: «دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون تولى زواج القصر أولياؤهم وهو الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له».

ونص في المادة 13 من قانون الأسرة على أنه: «لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها».

وجاء في المادة 01/33 بأنه: «يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا».

من خلال هذه المواد يمكن أن نستنتج ما يلي:

- أن زواج الصغيرة لا يصح إلا إذا كان ذلك بترخيص من القاضي، متى كان في ذلك مصلحة للمولى عليها أو ضرورة، وتأكدت قدرتها على الزواج.

- الولي وهو الأب، فأحد الأقارب الأولين، هو من يتولى زواج القاصرة، نيابة عنها بحكم القانون، بشرط موافقتها، وإصدار ترخيص بزواجها من القاضي، ويبطل زواجها إذا لم ترض به.

- سلطة تزويج القاصرة موزعة بين الولي والقاضي؛ لأنه لا يمكن أن يباشر ذلك إلا إذا استصدر ترخيصا بذلك بحكم المادة 07 من قانون الأسرة، وبالتالي فتزويج الولي للقاصرة يخضع لرقابة القاضي.

- أن الولي لا يمكنه أن يجبر القاصرة التي تحت ولايته على الزواج بغير رضاها وهو ما يقوي جانبها، ويقيد وظيفة وسلطة الولي في تزويجها، وليس له أن يمتنع عن تزويجها إذا تقدم لها كفاء ورضيت به، فإن امتنع بغير مبرر مقبول رفعت أمرها للقاضي ليأذن بتزويجها. فرغبة الفتاة هي الأولى بالرعاية، والولي

ملزم بمراعاة تلك الرغبة طالما أنها في مصلحتها، مما يفهم بمفهوم المخالفة أن للولي حق الاعتراض على الزواج إن لم يكن في مصلحة الفتاة.

يستتج من كل هذا أن سلطة الولي في العقد مقيدة، ولا يمكن أن يمارسها إلا بترخيص من القاضي، وهو ما يضمن حماية أكبر لحق القاصرة في الزواج، ويمنع أي تعسف أو سوء استعمال لهذه السلطة من قبل الولي.

1- وظيفة الولي في زواج المرأة البالغة الراشدة: سبق وأن توصلنا عند حديثنا عن حكم الولي في عقد الزواج، بأن جمهور الفقهاء يشترطون حضور الولي، وقيامه بإبرام عقد الزواج؛ لأنه شرط صحة عندهم في العقد، ولا ينعقد عقد الزواج بعبارة النساء، وخالفهم في ذلك الحنفية الذين قالوا بعدم اشتراطه في العقد، وأن للمرأة أن تزوج نفسها أو غيرها، ويستحب عندهم أن توكل وليها بإبرام عقد زواجها.

وعلى هذا سوف نفصل في وظيفة الولي في عقد المرأة البالغة الراشدة عند الفقهاء على رأيين:

الأول - مذهب الجمهور¹¹²: كل نكاح تبرمه المرأة بدون ولي فهو غير صحيح عندهم، ويفسخ قبل الدخول وبعده. وبالتالي فدور الولي مهم في العقد، ولا يمكن أن يتم بدونها، إلا أنه عندما يتولى العقد نيابة عنها بمقتضى الشرع، لا بد له من أخذ موافقتها بالتصريح إن كانت ثيباً، أو بالسكوت إن كانت بكراً.

فالولي عند الجمهور يشارك المولى عليها إن كانت بالغة رشيدة في اختيار الزوج، والتفاوض معها في شأن المهر. ومن ثم تظهر وظيفة الولي في هذا العقد بأنه هو من يقوم بإبرام العقد وقبض المهر نيابة عنها إذا فوضته.

الثاني - عند الحنفية¹¹³: يرى الحنفية بأن للمرأة أن تعقد زواجها بنفسها أو توكل وليها بذلك استحباباً، فهو بهذا يكون نائباً عنها بإرادتها وليس بمقتضى الشرع، وإن قامت بإبرام عقد زواجها دون ولي، فإن زوجت نفسها بكفء وبمهر المثل يصح نكاحها ولا يحق لوليها الاعتراض عليه.

أما إن زوجت نفسها بغير كفاء أو دون مهر المثل يحق للولي الاعتراض على هذا العقد بصفته طرفاً متدخلاً في العقد، لما لحقه من هذا الزواج من عار، إلا أن هذا الحق يسقط إذا حبلت المرأة أو ولدت رعاية لمصلحة الطفل.

موقف المشرع الجزائري: بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة سنة 2005 بموجب الأمر 05-02 والمؤرخ في 27 فيفري 2005 جاء في نص المادة 11 بأنه: «تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره».

يتبين من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري أخذ بمذهب الأحناف في حق المرأة البالغة الرشيدة التي بلغت 19 سنة بموجب المادة 07 من قانون الأسرة، بأنه يمكنها أن تعقد زواجها بنفسها، لكن لم يعط الولي حق الاعتراض كما نص على ذلك الأحناف، وكذلك لم يرتب أي أثر على العقد عند عدم وجود الولي، ويظهر ذلك جلياً في نص المادة 33 من قانون الأسرة.

وما يستتج من هذا بأن دور الولي ووظيفته بموجب هذه المادة مجرد وظيفة شكلية، ولا تتعدى كونه شاهداً على العقد.

خاتمة

بعد استعراضنا لهذا الموضوع يمكن أن نستخلص النتائج التالية:

- أن موضوع الولاية من المسائل الاجتهادية التي يجوز فيها الخلاف، وذلك أن جملة الأدلة التي وردت للدلالة عليها، إما مختلف في ثبوتها، وإما ثابتة مختلف في دلالتها.

- إن كثيراً من أقوال الفقهاء وخاصة ما تعلق بمسألة إجبار البكر البالغ، إنما كان مبنياً على العرف والعادة في زمانهم لقلة اختلاط النساء بالرجال، وهذا من متغيرات الزمان الذي لا بد من إعادة النظر فيه.

- أن الزواج كما هو حق للمرأة، فللولي حق فيه؛ لأن عقد الزواج ليس عقداً بين رجل وامرأة فحسب بل هو عقد بين أسرتين، لذا كان من حق الولي التدخل في هذا العقد لما يلحقه فيه من الفخار أو العار من جراء هذا العقد.

- إن إلغاء ولاية الإجماع من المشرع كانت نظرة صائبة تتوافق مع روح الشريعة، وروح العصر، وحسناً فعل حينما وضع تزويجهن تحت رقابة القاضي

حتى لا يتعسف الولي، أو يزوجها بمن هو ليس كفاء لها بغير رضاها.
- إن الشريعة الإسلامية وازنت بين المراكز في عقد الزواج، فكما لا يمكن أن يزوج الولي من تحت ولايته بغير رضاها، ومنعه من أن يمنعها من التزوج بكفاء لها إذا رغبت فيه ورغب فيها بمهر المثل، منحت الولي حق الاعتراض على العقد إن لم يكن في مصلحة الفتاة من جهة إذا وضعت نفسها في غير كفاء، وما فيه مصلحته لما يلحقه من الفخار أو العار من هذا الزواج.

- إن حضور الولي واشترائه في عقد الزواج لا يعتبر إنقاصاً من حريتها وقيمتها، بل يشكل عنصر حماية لها وتعزيزاً لمكانتها إذا ما جابقتها أي مشاكل في مستقبل حياتها.

ويمكن أن نخرج ببعض التوصيات التي يمكن أن تخدم الموضوع:
- ضرورة إعادة النظر في التراث الفقهي، وخاصة في مجال المعاملات، والأحوال الشخصية أحد فروعها تيسيراً لهذا الفقه، وتوضيحاً للثابت والمتغير فيه حتى لا يختلط على الناس، ويقع فيه الشطط، وربما يذهب البعض إلى جعله من المسلمات غير القابلة للنقاش.

- على المشرع إعادة النظر في نص المادة 11 من قانون الأسرة التي أعطت الحق للمرأة الراشدة حق إبرام عقدها بنفسها، وأسقطت حق الولي فيه وجعلته شكلياً ولا أثر له، وهو يتعارض مع فكرة توازن المراكز القانونية، وهو ما قد يؤدي إلى كثير من المشاكل، لو استعملت المرأة هذا الحق، ولم تول اهتماماً لإرادة وليها.

- ضرورة تحديد صلاحيات ووظيفة الولي في عقد الزواج، وكذا ترتيب الأولياء وشروطهم بدقة حسماً لأي نزاع.

الهوامش:

1 - ابن منظور، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير ومعه، دار المعارف، القاهرة، مصر، د.ت، مادة ولي 4920/6.

2 - ابن نجيم، البحر الرائق، تحقيق أحمد عزو عناية الدمشقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة 1، 2002، 157/3 - الجرجاني، التعريفات، مكتبة لبنان، 1985، ص 329.

3 - محمد أبو زهرة، عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، د.ت، ص 135.

- 4 - عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، مؤسسة المختار، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى 2004، ص 126.
- 5 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 136.
- 6 - الكاساني، بدائع الصنائع، تحقيق محمد عدنان بن ياسين درويش، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 2000، 504/2.
- 7 - نصر سلمان وسعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج، دار الهدى، عين مليلة، 2002، ص 97.
- 8 - الرملي، نهاية المحتاج، دار إحياء التراث العربي بيروت، لبنان، ط1/2005، 217/6، المرادوي، الإنصاف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1/1998، 43/8.
- 9 - الماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق علي محمد معوض ومن معه، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1994، 52/9.
- 10 - ابن قدامة الشرح الكبير، مطبعة المنار، مصر، دت 390/7.
- 11 - الدردير، الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، لبنان، دت 223/2 - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تنقيح وتصحيح خالد العطار، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1995، 5/2.
- 12 - ابن قدامة الشرح الكبير، 390/7.
- 13 - المادة 13 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 (الجريد الرسمية العدد 15 ص 19).
- 14 - المادة 11 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 (الجريد الرسمية العدد 15 ص 19).
- 15 - عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار البصائر، حسين داي، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007، ص 127.
- 16 - المادة 07 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 (الجريد الرسمية العدد 15 ص 19).
- 17 - المادة 222 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 (الجريد الرسمية العدد 15 ص 19).
- 18 - نصر سلمان وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص 97.
- 19 - القاضي عبد الوهاب، المعونة، تحقيق حميش عبد الحق، دار الفكر، بيروت، لبنان،

- 1999/719، الماوردي، الحاوي الكبير، 38/9 - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 352/4 - ابن قدامة الشرح الكبير، 408/7 وما بعدها.
- 20 - الكاساني، بدائع الصنائع، 513/2.
- 21 - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 153.
- 22 - الكاساني، بدائع الصنائع، 513/2.
- 23 - عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق، ص 127.
- 24 - المادة 11 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 (الجريد الرسمية العدد 15 ص 19).
- 25 - الكاساني، بدائع الصنائع، 500/2، الدردير الشرح الكبير 231/2، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 360/4 - ابن قدامة الشرح الكبير 425/7 وما بعدها.
- 26 - الكاساني، بدائع الصنائع، 501/2.
- 27 - نصر سلمان وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص 112.
- 28 - الكاساني، بدائع الصنائع، 501/2.
- 29 - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد 11/2.
- 30 - المصدر نفسه، 11/2.
- 31 - المصدر نفسه 11/2.
- 32 - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج 360/4.
- 33 - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد 11/2.
- 34 - الكاساني، بدائع الصنائع، 501/2.
- 35 - الدردير، الشرح الكبير 231/2.
- 36 - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج 361/4، إلا أن الشافعية لا يقولون بولاية الفاسق إلا إذا كان حاكما، يقول الشربيني في مغني المحتاج: "ولا ولاية لفاسق غير الإمام الأعظم مجبرا كان أو لا، فسق بشرب الخمر أو لا، أعلن بفسقه أو لا على المذهب بل تنتقل الولاية للأبعد لحديث: «لا نكاح إلا بولي مرشد»".
- 37 - ابن قدامة، الشرح الكبير 427/7.
- 38 - الكاساني، بدائع الصنائع، 501/2.
- 39 - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج 361/4.
- 40 - ابن قدامة، الشرح الكبير 426/7.
- 41 - المصدر نفسه، 426/7.
- 42 - الكاساني، بدائع الصنائع، 501/2.

- 43 - الدردير، الشرح الكبير 231/2 - ابن قدامة، الشرح الكبير 425/7 - الرملي، نهاية المحتاج 214/6.
- 44 - الكاساني، بدائع الصنائع، 513/2.
- 45 - الدردير، الشرح الكبير 231/2 - ابن قدامة، الشرح الكبير، 312/3 507/7 - الخطيب الشرييني، مغني المحتاج 336/4.
- 46 - ابن عابدين، حاشية رد المحتار، دا الفكر، بيروت، لبنان، 1995، 51/3 وما بعدها
- 47 - ابن قدامة، الشرح الكبير 312/3.
- 48 - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 120.
- 49 - نصر سلمان وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص 111.
- 50 - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 120.
- 51 - نصر سلمان وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص 111.
- 52 - ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع، 1978، ص 111.
- 53 - الدردير، الشرح الكبير 220/2.
- 54 - الخطيب الشرييني، مغني المحتاج 337/4.
- 55 - الكاساني، بدائع الصنائع، 485/2.
- 56 - ابن قدامة، الشرح الكبير 370/7 - البهوتي، شرح منتهى الإرادات، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى 2000، 129/5.
- 57 - محمد قلعجي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت، الطبعة الثانية 1988، 226/1.
- 58 - ابن عابدين، رد المحتار، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، وعلي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 1415 هـ 87/1.
- 59 - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 53.
- 60 - ابن منظور، لسان العرب 2235/4 - محمد قلعجي، معجم لغة الفقهاء، 260/1.
- 61 - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 53.
- 62 - محمد الأمين الشنقيطي، مذكرة في أصول الفقه، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الخامسة، 2001، ص 51.
- 63 - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد 8/2.
- 64 - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم، 81129، مؤرخ في: 17/03/1992، المجلة القضائية، 1994، عدد 03، ص 62
- 65 - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم، 88856، مؤرخ في: 23/02/1993، المجلة القضائية، 1996، عدد 02، ص 69.
- 66 - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم، 51107، مؤرخ في: 02/01/1989

- المجلة القضائية، 1992، عدد 03، ص 53.
- 67 - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد 8/2.
- 68 - العدوي، حاشية العدوي، تصحيح وضبط محمد بنيس، دار المعرفة، الدار البيضاء، المغرب، الطبعة الأولى 1998، 39/2.
- 69 - الرملي، نهاية المحتاج 214/6.
- 70 - ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003، 25/7.
- 71 - الماوردي، الحاوي الكبير، 39/9.
- 72 - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد 8/2.
- 73 - المصدر نفسه 9/2.
- 74 - ابراهيم الشحات، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية www.pdfactory.com
- 75 - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد 9/2.
- 76 - الماوردي، الحاوي الكبير، 39/9.
- 77 - البهوتي، كشف القناع، تحقيق محمد عدنان ياسين درويش، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 1999، 58/5..
- 78 - القاضي عبد الوهاب، المعونة، 227/2 وما بعدها.
- 79 - ابراهيم الشحات، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية www.pdfactory.com
- 80 - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد 9/2.
- 81 - الكاساني، بدائع الصنائع 2 / 517..
- 82 - ابراهيم الشحات، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية www.pdfactory.com
- 83 - الكاساني، بدائع الصنائع 2/ 515-624 وما بعدها - ابن نجيم، البحر الرائق 183/3 وما بعدها.
- 84 - الكاساني، بدائع الصنائع 2 / 515.
- 85 - ابراهيم الشحات، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية www.pdfactory.com
- 86 - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد 10/2.
- 87 - نصر سلمان وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص 108.
- 88 - الكاساني، بدائع الصنائع 2 / 515 وما بعدها.
- 89 - محمد آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، ط2، 1986، 127/6 - الماوردي، الحاوي الكبير 44/9.
- 90 - النووي، شرح مسلم، دار الفكر، بيروت، 2000، 173/5 - الماوردي، الحاوي الكبير 43/9.
- 91 - الكاساني، بدائع الصنائع 2 / 516.
- 92 - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الأسرة، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة 2000، 352/6.

- 93 - عبد الكريم زيدان، المرجع نفسه 356/6.
- 94 - البهوتي، كشاف القناع، 13/5.
- 95 - عبد الكريم زيدان، المرجع نفسه 356/6.
- 96 - البهوتي، كشاف القناع، 13/5.
- 97 - الكاساني، بدائع الصنائع 2/ 522.
- 98 - الدردير الشرح الكبير 2/ 231 وما بعدها.
- 99 - النووي، روضة الطالبين، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1995، 48/6.
- 100 - البهوتي، كشاف القناع، 64/5 وما بعدها.
- 101 - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق 386/6.
- 102 - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم، 90468، مؤرخ في: 1993/03/30 المجلة القضائية، 1994، عدد 03، ص 66.
- 103 - القاضي عبد الوهاب، المعونة، 733/2.
- 104 - البهوتي، كشاف القناع، 54/5 وما بعدها.
- 105 - النووي، روضة الطالبين، 48/6.
- 106 - ابن نجيم، البحر الرائق، 171/3 وما بعدها.
- 107 - الدردير، الشرح الكبير، 223/2 - القاضي عبد الوهاب، المعونة 2/ 721 - النووي، روضة الطالبين، 48/6 - البهوتي، كشاف القناع، 55/5.
- 108 - ابن نجيم، البحر الرائق، 173/3 وما بعدها - الكاساني، بدائع الصنائع 2/ 621 وما بعدها - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق 407/6 وما بعدها.
- 109 - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2003، 437/2 وما بعدها، عبد الكريم زيدان، المرجع السابق 407/6 وما بعدها.
- 110 - الشافعي، الأم، دار الفكر، بيروت لبنان، الطبعة الثانية، 1983، 20/5 - الشربيني، مغني المحتاج، 352/4 عبد الكريم زيدان، المرجع السابق 403/6 وما بعدها.
- 111 - ابن قدامة، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، دت، 379/7 وما بعدها - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق 404/6 وما بعدها.
- 112 - القاضي عبد الوهاب، المعونة 2/ 728 - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 349/4 وما بعدها - النووي، روضة الطالبين، 6/ 49 وما بعدها - ابن مفلح، المبدع شرح المقنع 25/7 - 137/7 - المرادوي، الإنصاف 188/8 - البهوتي، كشاف القناع 57/5 وما بعدها.
- 113 - الكاساني، بدائع الصنائع 2/ 513 وما بعدها - ابن نجيم، البحر الرائق 3/ 157 وما بعدها، 186/3.

الدفع بالنظام العام في منازعات الميراث والوصية ذات البعد الدولي

بقلم

أ / بدر شنوف*



الملخص

إذا كان المشرع الجزائري والتشريعات العربية المقارنة قد رخصت للقاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي على النزاعات ذات العنصر الأجنبي كلما أشارت إليه قواعد الإسناد في قانونه، إلا أنه استثناءً - وبموجب قواعد الإسناد أيضاً - منعه من تطبيق هذا القانون، إذا تبين له أن مضمونه يتعارض مع النظام العام في دولته، وذلك حتى لا يفهم من تلك الرخصة بأن المشرع قد فتح الباب على مصراعيه لتطبيق كل القوانين الأجنبية مهما كان مضمونها. وباعتبار نظام الميراث والوصية في الجزائر ومعظم الدول العربية مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، فإن ذلك سيجتنب عليه تطبيق القانون الوطني واستبعاد القانون الأجنبي المختص، كلما تضمن هذا الأخير أحكاماً تتعارض بشكل صارخ مع أحكام الشريعة الإسلامية.

- الكلمات المفتاحية: النظام العام، الميراث والوصية، استبعاد القانون الأجنبي.

* أستاذ مساعد - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة الوادي - الجزائر.

مقدمة

إذا كانت العلاقات القانونية للأشخاص محصورة من حيث أطرافها وموضوعها وسببها في إقليم دولة واحدة، فهي علاقة وطنية بكل عناصرها ولا جدال في أن القانون الذي يحكمها هو القانون الداخلي لتلك الدولة بمختلف فروعه، لكن الإشكال يثور إذا تسلل للعلاقة القانونية عنصراً أجنبياً، فحينئذ تكون عناصرها متصلة بأكثر من دولة، فتظهر الحاجة إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق عليها، وهذا في ظل اختلاف القواعد القانونية المنظمة لعلاقات الأفراد من دولة إلى أخرى.

وإذا تشتت عناصر العلاقة القانونية في أكثر من دولة فإن ذلك يترتب عليه تنازع بين قوانين الدول المتصلة بها، ولفض هذا التنازع تلجأ تشريعات مختلف الدول إلى سن قواعد خاصة تُعرف بقواعد الإسناد أو قواعد التنازع، هدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي، والذي قد يكون القانون الوطني أو قانوناً أجنبياً حسب وقائع النزاع المعروض عليه.

وقد سنّت مختلف التشريعات المقارنة هذه القواعد في قوانينها، ومن بينها المشرع الجزائري الذي أوردها في القانون المدني في المواد من: (09) إلى: (24)، وهي المواد التي تناولت مختلف الحلول المقررة لإشكالية تنازع القوانين من حيث المكان، الناتجة عن العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي سواء المالية منها أو الشخصية، محدداً في كل حالة القانون الواجب التطبيق على العلاقة محل التنازع. وبالرجوع إلى تلك المواد نجد أنها قد عالجت الحلول المقررة لتنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية كمسائل الزواج وانحلاله وآثاره وإثبات النسب والنيابة الشرعية والميراث والوصية في المواد من: (10) إلى: (16).

وفيما يتعلق بالميراث والوصية نجد أن المادة (16) قد قرّرت أنه: "يسري على الميراث والوصية... قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته"، ويوجد مثل هذا النص أو ما يشابهه في تشريعات الدول الأخرى،

الدفع بالنظام العام في منازعات الميراث والوصية ذات البعد الدولي ————— أ. بدر شنوف

والذي إذا طبَّقه القاضي على النزاع المعروف عليه، فإنه قد يؤدي إلى خضوع تركة الهالك للقانون الوطني أو أي قانون أجنبي؛ إذ يتوقف ذلك على الجنسية التي يتمتع بها الهالك وقت وفاته.

لكن في الحالة التي يؤدي فيها إعمال هذا النص إلى تطبيق قانون أجنبي على المنازعات المتعلقة بالميراث والوصية ذات البُعد الدولي، وكان هذا القانون يتضمن أحكاماً مع المبادئ والقيم الأساسية السائدة في دولة القاضي الناظر في النزاع، فإن مشرعه الوطني يمنعه من تطبيق هذا القانون باسم النظام العام وتطبيق بدله قانونه الوطني، وهو ما أشارت إليه مختلف التشريعات المقارنة ومنها المادة (24) من القانون المدني الجزائري.

وباعتبار نظام الميراث والوصية في الجزائر ومعظم الدول العربية مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، فإن ذلك سترتب عليه استبعاد القانون الأجنبي المختص اسم النظام العام واستبداله بالقانون الوطني، كلُّما تضمن هذا الأخير أحكاماً تتعارض بشكل صارخ مع أحكام الشريعة الإسلامية، وبالمثل إذا دلت قواعد الإسناد في إحدى الدول الغربية على تطبيق قانون أجنبي، وكان هذا القانون يضمن قواعد تمس بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في الميراث، أو قواعد تتضمن الحرمان من الميراث بسبب اختلاف الديانة بين المورث والمورث، فإن القاضي الناظر في النزاع سيستبعده أيضاً باسم النظام حفاظاً على المصالح العليا لدولته.

وتكمن أهمية الدفع بالنظام العام في منازعات الميراث والوصية ذات البُعد الدولي من طرف القاضي الوطني في كونه يُعد بمثابة صمّام الأمان الذي يمنع نفاذ القوانين الأجنبية في الإقليم الوطني، إذا ما تضمنت أحكاماً يتأذى من تطبيقها الشعور العام للجماعة الوطنية.

وتبحث هذه الدراسة في إشكالية مفادها: هل كلُّما تضمّن القانون الأجنبي الذي دلت عليه قواعد الإسناد في قانون القاضي أحكاماً تتعارض مع أحكام قانونه الوطني تعيّن على القاضي استبعاده؟ وتتفرّع عن هذا التساؤل مجموعة من الأسئلة

منها: ما هي معالم ومحددات فكرة النظام العام؟ ومتى يمكن للقاضي إثارة الدفع بالنظام العام؟ هل بالضرورة عندما يستبعد القاضي القانون الأجنبي باسم النظام العام يُطبَّق قانونه الوطني؟ وهل تعامل كل من القضاء العربي والغربي مع الدفع بالنظام العام بنفس الطريقة؟.

ولكون الدفع بالنظام العام هو دفع استثنائي لا يجوز التوسُّع فيه ولا القياس عليه، فإن الهدف من هذه الدراسة يتمثل في الوقوف على ضوابط هذا الدفع وتحديد معالمه بشكل دقيق، حتى لا يُفَرط أو يُفَرِّط القضاء في اللجوء إليه، الأمر الذي يترتب عليه المغالاة في حماية المصلحة الوطنية أو تعريضها للخطر، وفي سبيل الوصول للهدف المنشود استعنا بالمنهج التحليلي القائم على استقراء النصوص وتحليلها، والمنهج المقارن الذي يتلاءم مع طبيعة هذه الدراسة.

وللإجابة على الإشكالية المطروحة سنتناول هذه الدراسة في ثلاث مباحث كما يلي:

- المبحث الأول: مفهوم الدفع بالنظام العام
- المبحث الثاني: آثار الدفع بالنظام العام
- المبحث الثالث: التطبيقات القضائية للدفع بالنظام العام في الميراث والوصية
- خاتمة

المبحث الأول

مفهوم الدفع بالنظام العام

إذا كان النظام العام فكرة شائعة ومشهورة في علم القانون وتطبيقاتها متنوعة في مختلف فروع القانون الداخلية، يستنجد بها المشرع الوطني بهدف الحد من غلواء مبدأ سلطان الإرادة، وبالتالي بسط رقابته على اتفاقات الأفراد الخاصة، وجعلها متوائمة مع الأسس والمبادئ العامة التي تحكم المجتمع، فإن ذات الفكرة يلجأ إليها المشرع الوطني في مجال القانون الدولي الخاص لمنع تطبيق القوانين

الدفع بالنظام العام في منازعات الميراث والوصية ذات البعد الدولي ————— أ. بدر شنوف

الأجنبية من قبل القاضي الوطني على العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي التي تتعارض مع الدعائم الأساسية لدولته، فما هو تعريفه في مجال القانون الدولي الخاص، وما هي الخصائص المميزة له انطلاقاً من تلك التعريفات، وما شروط قيام حالة الدفع بالنظام العام؟.

المطلب الأول

تعريف النظام العام

بالرغم من الأهمية البالغة التي تكتسيها فكرة النظام في مجال القانون الدولي الخاص، إلا أن معظم التشريعات الحديثة - ومن بينها التشريع الجزائري - لم تُعرّفه، بل اكتفت بعض التشريعات بالنص عليه كوسيلة دفاعية في مواجهة القوانين الأجنبية لمنع تطبيق ما تعارض منها مع النظم والمبادئ الوطنية، في حين أشار بعضها الآخر لبعض محدداته، الأمر الذي ألقى على عاتق الفقه والقضاء عبء القيام بهذه المهمة.

أولاً: المحددات التشريعية

اتفقت أغلب التشريعات المقارنة على الأخذ بالنظام العام كمانع من موانع تطبيق القوانين الأجنبية من طرف القضاء الوطني ولكن بمسميات مختلفة، فالمرجع التونسي مثلاً استعمل مصطلح "الاختيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي"⁽¹⁾، واستعمل المرجع النمساوي عبارة "القيم الأساسية"⁽²⁾، في حين عبّرت عنه تشريعات أخرى بـ "النظام العام والآداب العامة" ومن بينها المرجع الجزائري⁽³⁾ والمصري والكويتي والاطالي⁽⁴⁾.

وإذا كانت الطائفة السابقة من التشريعات المقارنة اتفقت في الاكتفاء بالنص على النظام العام كحالة من حالات استبعاد تطبيق القوانين الأجنبية دون الخوض في تعريفه وتحديد معالمه، فإن ذلك لم يمنع طائفة أخرى من التشريعات من تعداد بعض المسائل التي تعتبر من صميم النظام العام، كما هو حال التشريع الأردني الإماراتي، حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة (163) من القانون المدني الأردني رقم: 43 لسنة 1976 على: "ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث..."، وعددت المادة (03) من

قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم: 05 لسنة 1985 مجموعة من المسائل التي تعد من النظام العام من بينها: الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والميراث والنسب⁽⁵⁾.

وأما اكتفاء التشريعات المقارنة بالنص على النظام العام كدفع الاستبعاد القانون الأجنبي المختص ووضع محددات له، وعزوفها عن وضع تعريف للنظام العام، فقد تصدّى كل من الفقه والقضاء لذلك، فجاءت تعريفاته كما يلي:

ثانياً: التعريفات الفقهية

في كل مرة يحاول فيها الفقه وضع تعريف للنظام العام إلا وتواجهه عدّة صعوبات، مردها أن هذا الأخير في حد ذاته مصطلح فضفاض وغير دقيق يختلف مضمونه من دولة لأخرى، كما قد يختلف في الدولة الواحدة من زمان لآخر، إلا أن ذلك لم يثن بعضهم عن وضع بعض التعريفات كمحاولة منهم لرسم معالم وموجّهات عامة يهتدي بها القضاء لضبط الحدود بين ما هو متعارض وغير متعارض مع النظام العام.

من ذلك مثلاً ما ذهب إليه جانب من الفقه المصري بقولهم أن: "النظام العام دفع يتم بمقتضاه استبعاد تطبيق القاعدة القانونية في القانون الأجنبي بحكم العلاقة وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية، إذا كان حكم هذه القاعدة يتعارض مع المبادئ والأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية والدينية التي يقوم عليها النظام القانوني في مجتمع دولة القاضي"⁽⁶⁾، كما عبّر عنه البعض ب: "مجموعة المصالح الجوهرية الأساسية والمثل العليا للدولة وللجماعة التي ترتضيها لنفسها... سواء كانت هذه المصالح الأساسية والمثل العليا سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية أو دينية..."⁽⁷⁾، وعرفه بعض الفقه الجزائري بأنه: "مجموع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها نظام مجتمع معين سياسياً واجتماعياً واقتصادياً وقانونياً ودينياً"⁽⁸⁾.

ثالثاً: التعريفات القضائية

من جهته وجد القضاء نفسه مضطراً في أكثر من مناسبة لإعطاء تعريف للنظام العام، أو حصر محدداته مهتدياً في ذلك بما انتهى إليه الفقه، ومستعملاً لسلطته

التقديرية التي منحها إياه المشرع التي تقتضي منه فحص كل حالة على حدة، ومن ثم تقدير ما يُعتبر وما لا يُعتبر من النظام العام أثناء نظره في النزاع، استناداً إلى المبادئ الجوهرية السائدة في دولته، وليس بناء على قناعاته ومعتقداته الشخصية.

ومن ذلك مثلاً القضاء الفرنسي حين انتهى في أحد قراراته إلى أن: "النظام العام الوطني يرتبط بالمفهوم الواسع للرأي العام الفرنسي في عصر معين"⁽⁹⁾، وما أقرّه القضاء المصري من أن النظام العام يتمثل في: "القواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد، سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية، والتي تتعلق بالوضع الطبيعي والمادي والمعنوي لمجتمع منظم، وتعلو فيه على مصالح الأفراد"⁽¹⁰⁾، وكذلك القضاء اللبناني الذي عرّفه ب: "مجموعة القوانين التي تتعلّق بالركائز الأساسية لكيان البلاد الاجتماعي أو السياسي أو الاقتصادي والتي يحدث خرقها خللاً في هذه الركائز"⁽¹¹⁾.

من خلال هذه المحاولات الفقهية والاجتهادات القضائية السابقة لوضع تعريف للنظام العام يتضح أنها وإن اختلفت في الصياغة وتعداد الأسس التي يقوم عليها، إلا أنها تكاد تُجمع على الفكرة الجوهرية التي ينصب عليها النظام العام في كل دولة، وهي فكرة المصلحة الوطنية، سواء كانت هذه المصلحة ذات طبيعة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو دينية، كما يتضح أن الدور الأساسي للنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص، يتمثل في منع تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد الوطنية، إذا كان في تطبيقه مساس بتلك الأسس التي يقوم عليها المجتمع الوطني.

المطلب الثاني خصائص النظام العام

باستقراء التعاريف السابقة نستنتج أن النظام العام يتميز بجملة من الخصائص يمكن حصرها فيما يلي:

أولاً: النظام العام فكرة وطنية⁽¹²⁾

لأنها ترتبط أساساً بالدعائم والأركان الأساسية التي يقوم عليها مجتمع دولة

القاضي الناظر في النزاع، سواء السياسية منها أو الاجتماعية أو الاقتصادية أو الدينية، والتي تهدف خصيصاً لحماية هذه الأسس الجوهرية المستمدة من النظام التشريعي لدولة القاضي⁽¹³⁾، وهذه الخاصية تجعل من النظام العام فكرة مختلفة المضمون من دولة لأخرى، الأمر الذي يزيد من غموضها وعموميتها.

ثانياً: النظام العام فكرة نسبية ومتطورة

ويستمد النظام العام هذه الخاصية من طبيعة الأسس والدعائم التي يقوم عليها كيان كل دولة، فهي متغيرة ومتطورة، بل ومختلفة من دولة لأخرى، فما يُعد من النظام العام في دولة ما قد لا يُعتبر كذلك في دولة أخرى، وحتى في نفس الدولة قد يتغير مفهوم النظام العام من زمن لآخر، ومن ثم قد يكون الحق عند نشوئه مخالفاً للنظام العام لكن قد لا يصبح كذلك عند المنازعة فيه أمام القضاء⁽¹⁴⁾، وهذه النسبية التي يتسم بها النظام العام هي التي جعلت الرأي الغالب فقهاً يؤكد على أن الوقت الذي يعتد به القاضي لتقدير مقتضيات النظام العام هو وقت الفصل في النزاع وليس وقت نشوء الحق، بل حتى في الحالة التي يتغير فيها مفهوم النظام العام بين وقت ورفع الدعوى ووقت النطق بالحكم يعتد القاضي بالمفهوم الجديد للنظام العام، لأنه هو الوقت الذي تم فيه تطبيق القانون الأجنبي⁽¹⁵⁾.

ثالثاً: النظام العام ذو طابع قضائي

ذلك لأن القاضي هو من يتولى تقدير مدى تعارض القانون الأجنبي المختص مع النظام العام في دولته، بما منحه المشرع من سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال، لكن في كل الأحوال يجب أن يكون تقديره على أسس موضوعية بحتة مستلهمه من الشعور العام للجماعة الوطنية، متحرراً بذلك من ميولاته وآرائه الشخصية، وفي هذا الصدد نصت المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري على: "ويخلق بالقاضي أن يتحرر من إحلال آرائه الخاصة في العدل الاجتماعي محل ذلك التيار الجامح للنظام العام أو الآداب فالواجب يقتضي أن يطبق مذهباً تدين به الجماعة بأسرها لا مذهباً فردياً خاصاً"⁽¹⁶⁾.

هذا، ويجب التنبيه إلى أن سلطة قاضي الموضوع التقديرية في مجال النظام العام تخضع دائماً لرقابة المحكمة العليا، لأن الدفع بالنظام العام عبارة عن

الدفع بالنظام العام في منازعات الويراث والوصية ذات البعد الدولي ————— أ. بدر شنوف

استثناء يؤدي إلى تعطيل أعمال قاعدة الإسناد، وبالتالي تعتبر من هذه الناحية مسألة قانون⁽¹⁷⁾، وإن كانت في منطلقها مسألة واقع يكشف عليها القاضي في كل حالة على حدا.

رابعاً: النظام العام ذو طابع استثنائي

يُجمع الفقه والقضاء وجل التشريعات المعاصرة - ومن بينها التشريع الجزائري - على اعتبار الدفع النظام العام في العلاقات الدولية الخاصة هو دفع استثنائي وليس تطبيق لقاعدة عامة⁽¹⁸⁾، لأن الأصل هو تطبيق القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية وإن كان أجنبياً، لكن في الحالة التي يتبين فيها للقاضي أن هذا الأخير يصطدم مع الأسس التي يقوم عليها مجتمعه، يأتي النظام العام كصمام أمان يمنع تسلل القوانين الأجنبية التي فيها مساس بتلك الأسس.

ويترتب على الطابع الاستثنائي لفكرة النظام العام في مجال تنازع القوانين نتيجة هامة مفادها انكماش مقتضيات النظام العام في حد ذاتها، بحيث لا يلجأ القاضي لاستبعاد القانون الأجنبي في ظل هذه الخاصية كلما خالف النظام العام القواعد الآمرة في القانون الداخلي في دولة القاضي؛ لأنه لو فعل ذلك لانهى به الأمر إلى عدم أعمال قواعد الإسناد الوطنية في معظم الأحوال⁽¹⁹⁾، وبالتالي يجب ألا يخرج الدفع بالنظام العام عن كونه رخصة خاصة لا يلجأ إليها القاضي إلا عند الضرورة.

وهذه النتيجة بالذات هي التي توضح بجلاء الفرق بين النظام العام في مجال القانون الداخلي والنظام العام في مجال تنازع القوانين، بالرغم من أنهما يشتركان في هدف حماية المصالح الجوهرية للمجتمع، لكن مع ذلك ففكرة النظام العام في مجال القانون الداخلي تُستعمل كوسيلة لمنع الأفراد من الاتفاق بما يخالف القواعد الآمرة، بينما تُستعمل هذه الفكرة في مجال تنازع القوانين كوسيلة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي دلت عليه قاعدة الإسناد الوطنية، عندما يؤدي تطبيقه فقط إلى الاعتداء على الأركان الأساسية أو المبادئ الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي.

المطلب الثالث

شروط الدفع بالنظام العام

إن الطبيعة الاستثنائية للدفع بالنظام العام بالشكل المبيّن أعلاه تقتضي توافر شروط معينة يتقيد بها القاضي لإعمال هذا الدفع، وهي حسب مفهوم المادة (24) من القانون المدني الجزائري تتمثل فيما يلي:

أولاً: ثبوت الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي

معنى ذلك أنه لا يقبل الدفع بالنظام العام إلا إذا كان القانون الواجب التطبيق على العلاقة محل النزاع هو قانون أجنبي، ثبت له الاختصاص بموجب قاعدة إسناد وطنية أو اتفاقية دولية نافذة في دولة القاضي، الأمر الذي يفهم منه أنه إذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون القاضي فلا مجال لإثارة الدفع بالنظام العام لاستبعاده.

وفي هذا المعنى يقول الفقيه "نيبوايه": "إن الهدف من الدفع بالنظام العام، هو حماية الدولة من أخطار بعض الحالات التي تُطبّق فيها القوانين الأجنبية، فإذا لم تكن هناك قوانين أجنبية واجبة التطبيق، فالخطر ينعدم تماماً ولا تدعو الحاجة إلى اللجوء لاستعمال الدفع بالنظام العام"⁽²⁰⁾.

وتأسيساً على ذلك لا يجوز تحريك الدفع بالنظام العام ضد القانون الأجنبي في الحالات التي يمكن فيها استبعاده بموجب نصوص خاصة، ومثال ذلك الحالة المنصوص عليها في المادة (22) من القانون المدني الجزائري، التي تقتضي باستبعاد القوانين الأجنبية وتطبيق القانون المدني الجزائري على شخص متعدد الجنسيات إذا كانت من بينها الجنسية الجزائرية، أو استبعاده بسبب رفض القانون الأجنبي ذاته الاختصاص الذي منحه إياه القانون الوطني، وذلك في حالة إحالة القانون الأجنبي هذا الاختصاص من جديد لقانون القاضي وقبلها هذا الأخير.

ثانياً: توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام

لقد ورد ذكر هذا الشرط صراحة في الفقرة الأولى من المادة (24) المذكورة، ومقتضاه أنه يلزم لاستبعاد القانون الأجنبي المختص بموجب قواعد الإسناد

الوطنية من مجال التطبيق أن يكون حكمه متعارضاً مع مقتضى من مقتضيات النظام العام في دولة القاضي، وإن كانت هذه المقتضيات تختلف من مجتمع لآخر ومن زمن لآخر حتى داخل المجتمع نفسه، فتعدّد الزوجات يعتبر مخالفاً للنظام العام في الدول غير الإسلامية، لكنه جائز في البلدان الإسلامية، كما أن الشيوعية في المجتمع الصيني تُعد من النظام العام، بينما في المجتمع الأمريكي تعتبر مخالفة للنظام العام، والسبب في ذلك راجع إلى تنوع مقتضيات النظام العام من دولة لأخرى⁽²¹⁾.

هذا، ويجب التنويه أن المشرع الوطني عندما يعقد الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي ليس لكون هذا الأخير تتطابق أحكامه مع أحكام القانون الوطني، ولكن لكونه الأكثر ملائمة لحكم العلاقة القانونية، لكن في الحالة التي يؤدي فيها تطبيق هذا الأخير إلى المساس بالمبادئ الأساسية للدولة، فإن اعتبارات الملائمة تصبح لا قيمة لها، ومن ثم يجب استبعاده واستبداله بالقانون الوطني.

ثالثاً: أن تكون مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام حالية

أشرنا فيما سبق إلى أن فكرة النظام العام فكرة متغيرة في الزمان، فما يعتبر من النظام العام في زمن معين قد لا يكون كذلك في زمن آخر داخل الدولة نفسها، ومن ثم استقر الرأي الغالب فقهاً وقضاً على الأخذ بمبدأ آنية النظام العام⁽²²⁾، الذي مقتضاه أن الموعول عليه في تقدير مقتضيات النظام العام هو وقت الفصل في الدعوى لا وقت نشوء العلاقة محل النزاع، لأنه الوقت الذي سيتم فيه تطبيق القانون الأجنبي، فمتى كان هذا الأخير مخالفاً للنظام العام وقت تطبيقه تعين على القاضي استبعاده⁽²³⁾، وتأسيساً على ذلك إذا تغيرت مقتضيات النظام العام بعد رفع الدعوى وقبل النطق بالحكم فإن الوقت المعتمد به للنظر في مقتضيات النظام العام هو وقت النطق بالحكم لا وقت رفع الدعوى.

وتكمن أهمية مبدأ آنية النظام العام في كونه يضع حداً فاصلاً بين المفهوم السابق للنظام العام والمفهوم الجديد له، خاصة وأن هذا المفهوم في تغير وتطور مستمرين⁽²⁴⁾، ففي فرنسا وإسبانيا وبلجيكا مثلاً بعد أن كان الطلاق محظوراً، أصبح اليوم مباحاً، وكذلك الحال في تركيا وتونس والعراق بعد أن كان تعدد

الزوجات أمراً مشروعاً أصبح اليوم محظوراً ومخالفاً للنظام العام. هذا، ونشير في الأخير أن هذه الشروط يجب أن تتوافر مجتمعة حتى يمكن إعمال الدفع بالنظام العام، والذي إذا أُثير وتوافرت شروطه ترتبت عليه آثار معينة، نتناولها فيما يلي.

المبحث الثاني

آثار الدفع بالنظام العام

إذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون أجنبي، وتبين للقاضي أن هذا القانون يتعارض مع النظام العام السائد في دولته، فإنه يقوم باستبعاده، غير أن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد، بل على القاضي أن يفصل في النزاع المطروح أمامه بإحلال قانون آخر محل القانون الأجنبي المستبعد.

هذا، وقد جرى التمييز لدى الفقهاء بالنسبة لآثار الدفع بالنظام العام بين أثره فيما يتعلق بإنشاء الحقوق في دولة القاضي، وأثره فيما يخص اكتساب الحقوق في الخارج والرغبة في التمسك بآثارها في بلد القاضي، وأثره فيما يتعلق باكتساب الحقوق في دولة معينة بعد تطبيق النظام العام لهذه الدولة (أي بعد استبعاد القانون الأجنبي المختص) والاعتراف به أو التمسك بآثاره في دولة ثالثة، وتفصيل ذلك كما يلي:

المطلب الأول

أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة لإنشاء الحقوق في دولة القاضي

يتمثل دور القاضي عندما يتعلق الأمر بإنشاء حق أو مركز قانوني في دولته في البحث عمّا إذا كان إنشاء هذا الحق يتعارض أو لا يتعارض مع مقتضيات النظام العام، فإذا تبين له أن تكوين هذا الحق يصطدم مع المبادئ الجوهرية التي ينهض عليها كيان مجتمعه، وجب عليه منع قيامه وإبطال مفعوله، ومثال ذلك إذا ادّعى ابن زنا فرنسي بحقه في ميراث منقولات متواجدة بالجزائر مملوكة لأبيه الفرنسي المتوفى في فرنسا، فإن القاضي الجزائري سوف يستبعد تطبيق القانون الفرنسي المختص الذي يجيز توريث ابن الزنا، ويرفض بالتالي منح الحق في الميراث لهذا

الابن في الجزائر، باعتبار أنّ توريث ابن الزنا مخالف للنظام العام الجزائري.
ولكن السؤال المطروح هل بالضرورة عندما يستبعد القاضي القانون الأجنبي
المختص باسم النظام العام يطبق قانونه الوطني؟.

يميز الفقه حيال هذه الإشكالية بين فرضين، الأول يكتفي فيه القاضي باستبعاد
القانون الأجنبي وهو ما يُطلق عليه الفقه بالأثر السلبي للنظام العام، أما في الثاني
لا يقتصر دور القاضي على استبعاد القانون الأجنبي فقط، بل يتعداه لتطبيق قانونه
الوطني على العلاقة محل النزاع، وهو ما يُعرف لدى الفقه بالأثر الايجابي للنظام
العام، وبيان ذلك كالتالي:

أولاً: الأثر السلبي للنظام العام

يقتصر دور القاضي في هذه الحالة على استبعاد القانون الأجنبي المختص
طبقاً لقواعد الإسناد الوطنية مع رفض الطلب لعدم التأسيس دون استبداله بقانون
آخر لحكم العلاقة، وتحقق هذه الحالة عندما تكون القاعدة الوطنية المتعلقة
بالنظام العام والتي تسببت في استبعاد القانون الأجنبي من القواعد الناهية، ومثال
ذلك أن يطالب فرنسي مسيحي بنصيبه في الميراث من قريبه الفرنسي المسلم أمام
القضاء الجزائري، فهذا القضاء سيرفض طلبه استناداً إلى قاعدة عدم جواز
التوارث بين المسلم وغير المسلم، وهي قاعدة ناهية متعلقة بالنظام العام في
الجزائر⁽²⁵⁾، وفي هذه الحالة لا يجد القاضي نفسه في حاجة لتطبيق قانون آخر،
لأن الغاية المرجوة والمتمثلة في منع التوارث بين المسلم وغير المسلم قد
تحققت بمجرد استبعاد القانون الأجنبي.

ولئن كان الدور السلبي للنظام العام يستهدف استبعاد أحكام القانون الأجنبي
المختص، فإن الفقه والقضاء قد اختلفا حول مقدار هذا الاستبعاد، بين قائل
بالاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي المتعارض مع النظام العام في دولة القاضي،
ومكتفٍ بالاستبعاد الجزئي لهذا القانون، وفيما يلي نتناول كل رأي بشكل مستقل.

1- الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام: يرى جانب من
الفقه الفرنسي بأن استبعاد القانون الأجنبي المختص وفقاً لقواعد الإسناد الوطنية

لتعارضه مع النظام العام ينبغي أن يكون كلياً، حتى ولو انحصر هذا التعارض في جزء معين من النظام الوطني، لأن استبعاد جزء منه فقط دون الأجزاء الأخرى يتنافى مع حكمة قاعدة الإسناد، إذ يؤدي ذلك إلى مسخ القانون الأجنبي وتطبيقه بشكل يخالف إرادة المشرع الذي وضعه⁽²⁶⁾.

هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإنه في بعض الأحوال يتعذر على القاضي الجزائري أن يكتفي بالاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي، كما لو كان نص القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بمجموع النصوص الأخرى في هذا القانون، بشكل يتعذر معه على القاضي الاكتفاء بالاستبعاد الجزئي لهذا النص وحده وتطبيق النصوص الأخرى الأجنبية غير المتعارضة مع النظام العام في دولته، ففي هذه الحالة لا مناص من الاستبعاد الكلي لأحكام القانون الأجنبي واستبداله بقانون القاضي⁽²⁷⁾.

وكمثال عن هذه الحالة إذا افترضنا أن قانون الجنسية المشتركة لأجنيين يُقِيمَان في الجزائر يمنع زواجهما لاختلافهما في اللون، فإن هذا المنع لا يحول دون إمكانية إبرام زواجهما وفقاً للقانون الجزائري، نظراً لتعارض أحكام هذا القانون الأجنبي مع النظام العام في الجزائر.

فإذا افترضنا أن نزاعاً طُرح بعد ذلك على القاضي الجزائري المختص يتعلق بآثار هذا الزواج الذي تم وفقاً للقانون الجزائري فعلى القاضي أن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي الذي يحكم آثار الزواج (قانون الجنسية المشتركة) استبعاداً كلياً، لأنه من غير المعقول أن يطبق القاضي هذا القانون على آثار زواج يُعدُّ باطلاً وفقاً لأحكامه، وذلك حتى ولو لم يتعارض القانون الأجنبي بالنسبة لآثار الزواج مع مقتضيات النظام العام الجزائري⁽²⁸⁾.

2- الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام: بخلاف الرأي السابق يرى الفقه الغالب في كل من فرنسا ومصر⁽²⁹⁾ بأن الأثر السلبي للنظام العام لا يؤدي بالضرورة إلى استبعاد أحكام القانون الأجنبي برمته، وإنما يتعين أن يشمل هذا الأثر فقط استبعاد الجزئية المخالفة لمقتضى النظام العام في دولة القاضي، مع بقاء القانون الأجنبي مختصاً فيما عداها من المسائل الأخرى.

الدفع بالنظام العام في منازعات الويراث والوصية ذات البعد الدولي ————— أ. بدر شنوف

ومثال ذلك إذا عُرض نزاع على القاضي الجزائري يتعلق بوصية شخص أجنبي في حدود ثلث التركة لكنّها موقوفة على شرط موافقة الورثة، فإن القاضي هنا يكتفي باستبعاد قانون جنسية الموصي في حدود هذا الشرط وحده لمخالفته للنظام العام في الجزائر، وفيما عداه من الشروط غير المتعارضة مع النظام العام تبقى الوصية خاضعة لذلك القانون، ذلك لأن المادة (185) قانون الأسرة الجزائري تعتبر الوصية في حدود الثلث حق خالص للموصي، ولا يحق للورثة الاعتراض عليها إلا إذا جاوزته.

ويُبرر أصحاب هذا الرأي وجهة نظرهم هذه بأنه يجب استخدام الأثر الاستبعادي للنظام العام بحذر شديد وبصورة استثنائية، فلا ينبغي اللجوء إليه إلا بالقدر الذي يمس بالقواعد الأساسية في قانون القاضي، على أن يبقى ما دون ذلك محكوماً بالقانون الأجنبي المختص أصلاً، لأن استبعاد القانون الأجنبي المختص باسم النظام العام رخصة استثنائية لا تقبل التوسع ولا القياس، كما أن استبعاد الجزء المخالف للنظام العام في القانون الأجنبي فقط دون بقية الأجزاء الأخرى، هو وحده الذي يضمن الاحتفاظ للقانون الأجنبي ولقاعدة الإسناد التي قررت تطبيقه بأكبر قدر من الفعالية⁽³⁰⁾، ذلك أن القول باستبعاد القانون الأجنبي برمته يهدر الهدف والغاية من قاعدة الإسناد ويعصف بروحها⁽³¹⁾، كما أنه يمثل اعتداء على القانون الأجنبي صاحب الاختصاص الأصلي.

هذا، وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بمبدأ الاستبعاد الجزئي لأحكام القانون الأجنبي المخالفة للنظام العام في عدة أحكام، منها حكمها الصادر بتاريخ: 1964/11/17 الذي اعتبر أحكام الشريعة الإسلامية المنظمة للميراث غير مخالفة للنظام العام إلا فيما يتعلق بحرمانها لغير المسلم من حقه في الميراث، وبالتالي لا يُستبعد من أحكام هذه الشريعة إلا أحكامها المتعلقة بحرمان غير المسلم من الميراث، أما ما يتعلق بعد ذلك من تحديد الأنصبة للورثة فيتم وفقاً لأحكامها⁽³²⁾.

الترجيح:

يجب الأخذ بالرأي القائل باستبعاد القانون الأجنبي في حدود الجزئية التي يتعارض فيها مع النظام العام في دولة القاضي، وفيما ما عداها من المسائل يجب

أن يبقى الاختصاص له كلما كان ذلك ممكناً، لكن في الحالات التي يكون فيها نص الجزئية المخالفة للنظام العام مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بباقي النصوص الأخرى في القانون الأجنبي فهنا لا مناص من الاستبعاد الكلي لأحكام هذا الأخير واستبداله بقانون القاضي.

وهو الاتجاه الذي تبنته صراحة بعض التشريعات من بينها القانون النمساوي والقانون الكويتي⁽³³⁾ والقانون التونسي، حيث نصت الفقرة الرابعة من الفصل (36) مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة 1998 على أنه: "لا يُستبعد تطبيق القانون الأجنبي عند العمل بالنظام العام سوى أحكامه المخالفة للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي"، أما المشرع الجزائري اكتفى في المادة (24) من القانون المدني بالنص على استبعاد القانون الأجنبي كلما كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر دون توضيح لمدى هذا الاستبعاد، الأمر الذي أدى ببعض الفقهاء للقول بأن هذه المسألة تبقى متروكة للسلطة التقديرية للقاضي.

ثانياً: الأثر الإيجابي للنظام العام

لا ينحصر دور القاضي في هذه الحالة على استبعاد القانون الأجنبي المختص طبقاً لقواعد الإسناد الوطنية، وإنما يتعداه لإثبات الاختصاص لقانون آخر يحل محل القانون الأجنبي المستبعد، وتتحقق هذه الحالة عندما تكون القاعدة الوطنية المتعلقة بالنظام العام والتي تسببت في استبعاد القانون الأجنبي من القواعد الأمرة⁽³⁴⁾، وعندها يكون القاضي في حاجة ماسة إلى إحلال قانون آخر يتكفل بحكم النزاع المعروف عليه.

وإذا ما استبعد القاضي الوطني القانون الأجنبي الذي تعارضت أحكامه مع النظام العام في دولته، فعليه بعد ذلك أن يتصدى لسد الفراغ التشريعي الناجم عن هذا الاستبعاد بقانون آخر، وإلا عدّ منكرًا للعدالة، وهذا القانون حسب ما استقر عليه القضاء والفقهاء الفرنسيين يجب أن يكون قانون القاضي، وهو نفس الحكم الذي اعتمده كل من القضاء والفقهاء المصريين⁽³⁵⁾.

وقد تبنى المشرع الجزائري ذات التوجُّه على إثر التعديل الأخير للقانون المدني، من خلال النص الجديد للمادة (24) منه في فقرتها الثانية التي أكدت على إعمال مبدأ الأثر الإيجابي للنظام العام، بقولها: "يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة"، وبناء عليه فإن استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام الجزائري يستلزم بالضرورة تطبيق القانون الجزائري محله تلقائياً بنص القانون.

ومهما يكن من أمر أثر النظام العام فيما يتعلق بإنشاء الحقوق في دولة القاضي سواء كان سلبياً أو ايجابياً، فإن القاضي الوطني يستبعد القانون الأجنبي المختص ويستبدله في الحاليتين بالقانون الوطني، غاية ما هنالك أن تطبيق القانون الوطني في حالة الأثر الإيجابي يكون معلناً وبشكل مباشر، بينما تطبيقه في حالة الأثر السلبي يكون بشكل ضمني وغير مباشر، ذلك أنه من الناحية العملية نرى بأن القاضي الوطني بمجرد استبعاد القانون الأجنبي المختص ورفض الطلب، فإنه بذلك يكون قد طبّق قانون دولته ولو بطريق غير مباشر.

المطلب الثاني

أثر الدفع بالنظام العام بالنسبة للحقوق المكتسبة (الأثر المخفف)

إذا كان كل من الفقه والقضاء يتمسكان بالأثر المشدّد للنظام العام المتمثل في استبعاد القانون الأجنبي المختص طبقاً لقواعد الإسناد في قانون القاضي، إذا تعلق الأمر بإنشاء حقوق في دولة القاضي تتعارض مع قانونه، فإن هذا الفقه يطالب اليوم - مؤيداً ببعض الاجتهادات القضائية⁽³⁶⁾ - بضرورة إعمال الأثر المخفف للنظام العام المتمثل في عدم استبعاد القانون الأجنبي إذا تعلّق الأمر بالاعتراف بحقوق مكتسبة نشأت صحيحة في الخارج، ويُراد التمسك بآثارها في دولة القاضي، ولم تتعارض تلك الآثار مع النظام العام هناك، بالرغم من تعارض نشوء ذلك الحق أو المركز القانوني مع ذلك النظام العام.

وبناء عليه فإنه في هذه الحالة يجوز التمسك بنفاذ الحق في دولة القاضي، ولا يصح إعمال قاعدة الدفع بالنظام العام على أساس أن نشوء الحق كان معارضاً

لهذا النظام، بل العبرة بمدى مخالفة هذه الآثار للنظام العام على أساس أن الحق قد نشأ واكتسب في الخارج، وبالتالي لا يصح إعمال النظام العام في الحالة السابقة وهذه الحالة بنفس الدرجة رغم أن إعماله يتعلق بنفس المركز القانوني المراد إنشاؤه.

وتطبيقاً لهذا الأثر أقر القضاء الفرنسي في أكثر من مناسبة جواز التمسك في فرنسا بآثار حقوق نشأت في الخارج لا يقرها القانون الفرنسي، من ذلك الاعتراف بصحة الزواج الديني المبرم في الخارج طبقاً للقانون المحلي والاعتداد بكافة آثاره القانونية في فرنسا شأنه في ذلك شأن الزواج المدني الذي يتم في فرنسا، مع أنه لو أراد أطراف العلاقة ولو كانوا أجنبياً إنشاء زواجهم الديني في فرنسا لما سُمح لهم بذلك، وفي ذات السياق أقرت النظم القانونية الغربية الاعتراف بآثار تعدد الزوجات الذي تم في الخارج، ورُتبت عليه آثار الزواج الصحيح بما في ذلك الحق في النفقة والميراث وقسمة المنح العائلية نتيجة حوادث العمل بين الزوجات مع أن نظام تعدد الزوجات محظور في القوانين الغربية⁽³⁷⁾.

وإذا كان الأثر المخفف للنظام العام يحد كثيراً من صرامة الدفع بالنظام العام بالشكل الذي رأينا، ويسمح للقانون الأجنبي بالامتداد إلى بلد القاضي، من خلال الإقرار بالحقوق التي اكتسبت في ظله، آخذاً بعين الاعتبار استقرار المراكز القانونية والمعاملات الدولية، إلا أن النظام العام قد يستعيد دوره مجدداً في الحالات الخطيرة ويتصدى بصرامة حتى للحقوق المكتسبة في الخارج، إذا ما تعارضت مع النظام العام في دولة القاضي، خصوصاً في ظل غياب معيار دقيق يميز بين حالات الأثر المخفف وغيرها من الحالات، ليبقى الأمر خاضعاً للسلطة التقديرية للقاضي⁽³⁸⁾.

وفي هذا السياق نجد أن القضاء الفرنسي قد درج على عدم الاعتراف بآثار الحقوق المكتسبة في الخارج، من ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية سنة 1928 من عدم الاعتراف بحق ملكية حكومة روسيا للأسطول الذي لجأ إلى ميناء مرسيليا استناداً للقانون السوفياتي، وذلك بحجة أن امتلاك هذا الأسطول تم بطريق نزع الملكية وبدون تعويض عادل، الأمر الذي يخالف مبدأ احترام الملكية

الدفع بالنظام العام في منازعات الميراث والوصية ذات البعد الدولي ————— أ. بدر شنوف

الخاصة في فرنسا، وبالتالي لا يجوز الاعتراف بأثر هذا الحق في فرنسا لتعارض نشأته مع النظام العام الفرنسي⁽³⁹⁾.

كما سار القضاء الجزائري على ذات النهج، من ذلك ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في: 1990/10/17⁽⁴⁰⁾ بنقض قرار صادر عن مجلس قضاء بجاية في: 1978/02/14، الذي حكم بصحة وصية تمت طبقاً للقانون الفرنسي سنة 1952، من زوج مسلم من أصل جزائري لصالح زوجته المسلمة من أصل جزائري كذلك، وكان قد أوصى لها بكامل تركته، ثم توفي الزوج سنة 1956.

وقد جاء في حيثيات قرار المحكمة العليا أن المجلس قد أخطأ في تطبيق القانون وخالف مبادئ الشريعة الإسلامية، لأن الموصي رجل مسلم من أصل جزائري يجب أن تُطبّق على وصيته أحكام الشريعة الإسلامية حتى في عهد الاستعمار الفرنسي سنة 1952، وأن شرط تطبيق القانون الفرنسي هو شرط باطل لمخالفته للشريعة الإسلامية⁽⁴¹⁾.

المطلب الثالث:

أثر النظام العام الأجنبي في دولة القاضي (الأثر الانعكاسي)

إذا كان النظام العام عبارة عن وسيلة دفاعية تهدف إلى حماية المصالح العليا للمجتمع، فإن ذلك يستتبع عدم امتداد آثار فكرة النظام العام خارج دولة القاضي باعتبار أن هذه الفكرة ذات طابع وطني بحت، لكن في الحالة التي ينشأ فيها حق في دولة أجنبية بعد استبعاد القانون الأجنبي المختص باسم النظام العام، فهل يمكن الاحتجاج بسريان هذا الحق في دولة القاضي، خاصة إذا اتفقت مقتضيات النظام العام في الدولة الأجنبية مع مقتضياته في دولته؟.

تباينت آراء الفقه حول هذه المسألة فانقسم إلى فريقين:

- فريق يرى أن فكرة النظام العام فكرة وطنية، وبالتالي فقانون الدولة الذي يطبق إعمالاً لفكرة النظام العام لا يسري أثره إلى إقليم دولة أخرى⁽⁴²⁾، حتى ولو كان مفهوم النظام العام في كليهما متشابه، على اعتبار أن الدفع بالنظام العام يجب أن ينحصر في حدود الدولة التي تم فيها دون أن تمتد آثاره إلى الخارج⁽⁴³⁾.

- أما الفريق الثاني فقال بأنه يجب التمييز بين حالتين هما:

* حالة كون النظام العام للدولة الأجنبية متطابقاً مع النظام العام في دولة القاضي، وفيها يمكن التمسك في دولة القاضي بآثار ذلك الحق المكتسب في دولة أجنبية طالما وافق نظامها العام، رغم تعارضه مع ما يقضي به القانون الأجنبي الآخر المختص⁽⁴⁴⁾، ومثال ذلك إذا اكتسب فرنسي مسيحي الحق في ميراث جزائري مسلم طبقاً للقانون الفرنسي بعد استبعاد القانون الجزائري لتعارضه مع النظام في فرنسا، فإن هذا الحق يمكن التمسك به وبآثاره في بلجيكا أو في ألمانيا مثلاً وذلك لتشابه مقتضيات النظام العام بين هذه الدول في هذه المسألة.

* حالة عدم تطابق مقتضيات النظام العام لدولة القاضي مع مقتضيات النظام العام للدولة التي أكتسب فيها ذلك الحق، وفيها لا يجوز التمسك بآثار ذلك الحق المكتسب في الخارج في دولة القاضي⁽⁴⁵⁾، ففي المثال السابق لا يمكن الاحتجاج بذلك الحق في الجزائر أو في المغرب أو في سوريا مثلاً، لأنه متعارض مع النظام العام في هذه الدول، والمتمثل في وجود مانع من موانع الميراث (اختلاف الدين).

ومنه نخلص إلى القول أن الحقوق التي تنشأ في دولة ما بعد استبعاد القانون الأجنبي المختص تكون عديمة الأثر في الدولة المستبعد قانونها، أما بالنسبة لدولة أخرى ثالثة فيتوقف الاحتجاج بهذه الحقوق فيها على مدى توافق مقتضيات النظام العام بين هذه الدولة والدولة التي نشأ فيها ذلك الحق، فإذا وجد اشتراك قانوني بين الدولتين في شأن هذا الحق فلا مانع من الاعتراف به، أما إذا تعارض النظام العام في الدولتين تعارضاً جوهرياً يصبح عدم الاعتراف به في الدولة الثالثة أمراً بديهياً.

المبحث الثالث

التطبيقات القضائية للدفع بالنظام العام في الميراث والوصية

تعتبر العلاقات الأسرية ذات العنصر الأجنبي أكثر العلاقات مساساً بالنظام العام، خاصة بين الدول العربية والغربية، لأن نظام الأسرة في معظم التشريعات العربية مستمد من الشريعة الإسلامية، التي لا تقبل أن يخضع المسلم في أحواله الشخصية لقوانين أخرى قد تُقر له حقوقاً أو تفرض عليه التزامات تتعارض مع

الشريعة الإسلامية، الأمر الذي يُبرر تدخُّل النظام العام الاستبعاد القانون الأجنبي المختص بموجب قواعد الإسناد الوطنية.

وفي المقابل فإن النظام العام في أغلب الدول الغربية يتدخَّل في مجال العلاقات الأسرية لحماية المبادئ والدعائم الأساسية المكرسة في بلد القاضي، كمبدأ وحدة الزوجة والمساواة في الميراث بين الجنسين ومبدأ الزواج والتوارث مهما كانت الديانة، مستبعداً بذلك تطبيق القانون الأجنبي الذي يمس بتلك المبادئ والدعائم.

وفي مجال الميراث والوصية يتدخل النظام العام بشكل كبير في المنازعات ذات البعد الدولي التي تطرح أمام القضاء سواء في الدول العربية أو الغربية، كلاً ما ثبت الاختصاص لقانون أجنبي تتعارض أحكامه مع قانون القاضي، لكن التساؤل المطروح في هذا الصدد هو متى تعتبر أحكام القانون الأجنبي المتعلقة بمسائل الميراث والوصية مخالفة للنظام العام، وهل كلاً ما تعارضت أحكام القانون الأجنبي وقانون القاضي نكون بالضرورة أمام حالة الدفع بالنظام العام؟.

إن الإجابة عن هذا التساؤل تتطلب منا التمييز بين تطبيقات الدفع بالنظام العام في مسائل الميراث (المطلب الأول)، وتطبيقاته في الوصية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تطبيقات الدفع بالنظام العام في الميراث

نستعرض فيما يلي بعض القرارات القضائية المتعلقة بمسائل الميراث، ليتضح لنا كيف تعامل كل من القضاء العربي والغربي مع الدفع بالنظام العام في مجال الميراث.

أولاً: تطبيقات الدفع بالنظام العام في الميراث في قضاء بعض الدول العربية

قرَّر القضاء المصري في قضية أُثِّرت أمامه كان أطرافها مسلمين عدم جواز تطبيق القانون الأجنبي الذي يؤدي إلى حرمان المسلم من حقه في الميراث، وذلك عندما تبين للقاضي الناظر في النزاع أن القانون الأجنبي الواجب التطبيق في هذه القضية طبقاً لقواعد الإسناد المصرية هو القانون الفرنسي، ولما اكتشف

القاضي أن تطبيق هذا الأخير يؤدي إلى حرمان كل من الزوج والأخ من الميراث، استبعده باسم النظام العام وطبق بدله قانونه، وهو قانون الموارث المصري رقم: 77 لسنة 1943 المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية الذي يمنحهما الحق في الميراث، وذلك لصيانة حقوق الأطراف المسلمين في هذه القضية، وهو ما أيده محكمة النقض المصرية بموجب قرارها الصادر بتاريخ: 1964/02/27⁽⁴⁶⁾.

كما يعتبر مخالفاً للنظام العام في الدول العربية القانون الأجنبي الذي يجيز التوارث بين المسلم وغير المسلم، مما يتعين استبعاده واستبداله بقانون القاضي، وهو ما فعله القضاء المصري في قضية رفعها أمامه زوجة لبنانية مسيحية الديانة ضد ورثة زوجها اللبناني المسلم، إذ قرّرت محكمة النقض في قرار لها مؤرخ في: 1979/06/20 أنه: "ولئن كانت مسائل الميراث والوصايا وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت تخضع طبقاً لنص المادة 17 من التقنين المدني لقانون المورث أو الموصي أو من صدرت منه التصرفات وقت موته، إلا أنه متى كان القانون الواجب التطبيق أجنبياً، فإن تطبيقه يكون مشروطاً بعدم مخالفة أحكامه للنظام العام وللآداب في مصر وفقاً لما تقضي به المادة 28 من التقنين المدني، ولما كان ذلك وكان من الثابت في مدونات الحكم المطعون أن المتوفى لبناني الجنسية، فإن القانون اللبناني هو المرجع في تحديد الورثة وذلك في حدود ما لا يتعارض من أحكامه مع النظام العام والآداب في مصر... لما كان ما سلف وكان الثابت من الأوراق أن المطعون عليها مسيحية الديانة ومن ثم تختلف ديانة عن المتوفى، وكان من المقرّر وفقاً لنص المادة 06 من قانون الموارث رقم: 77 لسنة 1943 أن اختلاف الدين من موانع الميراث، وهي بدورها من القواعد الأساسية التي تستند إليها نصوص قاطعة في الشريعة الإسلامية وبالتالي تدخل في نطاق النظام العام ويمنع معها تطبيق قانون آخر قد يأتي بحكم مخالف لها، فإنه إذا كان الحكم المستأنف قد قضى بغير ذلك فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما يستوجب نقضه"⁽⁴⁷⁾.

كما قضت محكمة النقض السورية في قرارها الصادر بتاريخ: 1978/02/21 بأن: "إعمال قانون جنسية المتوفى الذي يحكم الميراث ليس مطلقاً، لأن النظام

الدفع بالنظام العام في منازعات الميراث والوصية ذات البعد الدولي ————— أ. بدر شنوف

العام يُعطل أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق فيما إذا قضى بالتوريث على أساس اختلاف الدين، خلافاً للشريعة الإسلامية المطبقة في البلاد⁽⁴⁸⁾.

ولا يختلف موقف القضاء الجزائري عما قضى به سابقه في تكريس اختلاف الديانة كمانع من موانع الميراث، بالرغم من أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذا المانع، إذ اكتفى في المادة (138) من القانون رقم: 11-84 المؤرخ في: 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالقانون رقم: 09-05 المؤرخ في: 2005/05/04 بالنص على اللعان والردة كموانع للميراث، إلا أنه تم إعمال هذا المانع في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 1995/07/25⁽⁴⁹⁾، والذي بموجبه تم تأييد الحكم المستأنف، وبالتالي رفض الطعن بالنقض في القرار الصادر عن مجلس قضاء عنابة الذي صادق على حكم المحكمة القاضي بمنع المدعي من الميراث لأنه كان كافراً وقت وفاة المورث المسلم.

وبهذا الاجتهاد القضائي الصائب تكون المحكمة العليا قد كرسّت مانع التوارث لاختلاف الدين في ظل غياب نص تشريعي صريح يقضي بذلك، لأنه إذا كانت الردّة المتمثلة في التخلي عن الدين الإسلامي بعد اعتناقه مانعاً من موانع الميراث بين المسلم والمرتد، فمن باب أولى منع الميراث بين المسلم وبين من لم يدخل أصلاً في الدين الإسلامي، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المادة (222) من قانون الأسرة الجزائري أحالت إلى أحكام الشريعة الإسلامية كل مسألة لم يرد فيها نص في هذا القانون، وهي الأحكام تمنع التوارث بين المسلم والكافر والعكس لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "لا يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم"⁽⁵⁰⁾.

وفي قرار آخر أكدت المحكمة العليا على أن يكون الوارث مسلماً وقت وفاة مورثه المسلم، أما إذا أسلم بعد وفاته فلا ميراث له، وهو القرار المؤرخ في: 2001/06/20 الذي جاء فيه: "أن القضاء الذي منح الزوجة صفة الوارثة بالرغم من أنها لم تُسلم إلا بعد وفاة زوجها مخالف للقانون"⁽⁵¹⁾.

ولكون النظام العام دفع استثنائي فإنه لا يجوز للقاضي التوسع في اللجوء إليه، وإنما يقتصر ذلك على حالات المساس الصارخ بالمبادئ الجوهرية التي يقوم عليها النظام القانوني في بلده، وعليه فإذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق على الميراث يُقرّر أحكاماً في توزيع الأنصبة بين الورثة مثلاً تختلف عن أحكام القانون الوطني كما هو الشأن في القوانين الغربية، وكان أطراف النزاع أجنبياً غير مسلمين فإنه لا مجال للدفع بالنظام العام في مواجهة هذا القانون الأجنبي لاستبعاده، وهو ما أكدّت عليه محكمة تمييز دبي عندما نقضت القرار الصادر عن محكمة استئناف دبي التي أيدت حكم محكمة بداية دبي القاضي بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في دعوى ميراث كان أطرافها من جنسية ألمانية غير مسلمين.

وقد بررت محكمة تمييز دبي ذلك بأن مجرد اختلاف أحكام القانون الوطني عن أحكام القانون الألماني المختص في تحديد نصيب الوارث غير المسلم في مال مورثه غير المسلم لا يخالف النظام العام والآداب في دولة الإمارات العربية المتحدة، وعلى أساس ذلك قرّرت محكمة التمييز أن ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه باستبعاد تطبيق أحكام القانون الألماني الواجب التطبيق بحجة تعارضه مع أحكام الشريعة الإسلامية، فيه مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه مما يستوجب نقضه⁽⁵²⁾.

ثانياً: تطبيقات الدفع النظام العام في الميراث في القضاء الفرنسي

يكاد القضاء الفرنسي الحديث يحصر الدفع بالنظام العام في مجال الميراث في شرط منع التوارث بين المسلم والكافر في الاتجاهين، إذ ينظر إلى هذا المانع على أنه قائم على التمييز بين الأفراد بسبب اختلاف الدين ومخالف في نفس الوقت لمبدأ حرية المعتقد، وهذا ما لا يقبل به القضاء الفرنسي، وهو الأمر الذي كرّسته محكمة النقض الفرنسية في قرار لها استبعدت فيه القانون الإسلامي الذي ينص على عدم الأهلية للميراث بسبب اختلاف الدين، كما قضت في مناسبة أخرى باستبعاد القانون الأجنبي الذي يُقرّر عدم أهلية طفل مسلم لإرث أمه المشتركة⁽⁵³⁾.

وفيما دون ذلك من مسائل الأحوال الشخصية عموماً والميراث خصوصاً أصبح القضاء الفرنسي يأخذ بالأثر المخفف للنظام العام إذا تعلق الأمر بحقوق

نشأت في الخارج في ظل قانون يُقرّها وأراد أصحابها التمسك بآثارها في فرنسا، ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من أن حق كلا الزوجين في الميراث لا يتعارض مع النظام العام في فرنسا، في الحالة التي يقع فيها الزواج الثاني في الخارج وفقاً لقانون يجيزه، وما لم تكن الزوجة الأولى فرنسية⁽⁵⁴⁾.

مما سبق نخلص إلى القول أنه متى عُرض نزاع على قضاء إحدى الدول العربية التي يستمد قانونها قواعد الميراث من أحكام الشريعة الإسلامية، وكان أحد طرفي ذلك النزاع مسلماً بغض النظر عن جنسيته، فإن النظام العام يتدخل لمنع تطبيق القوانين الأجنبية التي تتضمن قواعد تتعلق بالميراث تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ولو كانت قوانين دول عربية.

وفي المقابل فإن قضاء الدول الغربية لا يقبل بتطبيق أي قانون أجنبي يتضمن أحكاماً تتعلق بالميراث تتعارض أو تُمثل مساساً بمبدأ حرية المعتقد أو مبدأ المساواة بين الجنسين.

هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن القضاء الحديث سواء في الدول العربية أو الغربية يتجه اليوم إلى عدم التوسع في الدفع بالنظام العام لاستبعاد تطبيق القوانين الأجنبية، إذا عُرض عليه نزاع يتعلق بإنشاء الحق في الميراث بين أجنبى ويتضمن لديانة غير ديانتهم، أو نزاع مضمونه التمسك بآثار حق نشأ صحيحاً في الخارج؛ إذ أصبح القضاء في مثل هذه الحالات يقبل بتطبيق القوانين الأجنبية ولا يستبعدها باسم النظام العام؛ لأن تفعيل النظام العام كلما اختلف القانون الأجنبي مع أحكام القوانين الداخلية سيفضي إلى تجميد قاعدة الإسناد الوطنية الخاصة بالميراث.

المطلب الثاني

تطبيقات النظام العام في الوصية

يتعارض مع النظام العام في الدول العربية مع القانون الأجنبي الذي يمنع الوصية لاختلاف الدين أو اللون أو الجنس، أو يجيز الوصية لوأرث دون موافقة بقية الورثة، أو يسمح للمورث بالايضاء بما يفوق الثلث، في حين لا تُشكل كل هذه المسائل مساساً بالنظام العام في الدول الغربية، فكيف تعامل القضاء مع الدفع بالنظام العام في مجال الوصية؟.

أولاً: تطبيقات النظام العام في الوصية في القضاء المصري

تصدى القضاء المصري في عدة قرارات لمسألة المقدار المسموح به في الوصية منها قضية بين لبنانيين مسيحيين تجاوزت فيها الوصية ثلث التركة، حيث قرّرت محكمة النقض في هذه القضية أن مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون المصري في تحديد المقدار الجائز الايضاء به بالنسبة لغير المسلمين لا يتعارض مع النظام العام في مصر⁽⁵⁵⁾.

كما أكّدت المحكمة ذاتها ذات الموقف في قضية أخرى تتعلق بوصية أبرمها إسباني لصالح زوجته، الذي أوصى لها بكامل أمواله شريطة ألا تتزوج بعد وفاته، فقّرت هذه المحكمة بأنه: "من المقرّر في قضاء هذه المحكمة أنه لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق وفقاً للمادة 28 من القانون المدني بشرط ألا تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة أو أساسية للجماعة"⁽⁵⁶⁾.

هذا، وقد عالج القضاء المصري في أحد قراراته مسألة الايضاء بالمنافع، حيث قرّرت محكمة النقض أن الوصية بالمنافع جائزة في الشريعة الإسلامية وتعتبر صحيحة وفقاً لأحكام القانون المدني وقانون الوصية رقم: 71 لسنة 1946، وبالتالي فإنه لا يدخل في نطاق مخالفة النظام العام مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني في طريقة الانتفاع بالموصى به أو ترتيب الموصى لهم بحق الانتفاع⁽⁵⁷⁾.

وتأسيساً على الأحكام السابقة فقد استنتج الفقه بمفهوم المخالفة أنه لو تعلق النزاع بمسلمين أو كان أحد طرفيه مسلماً فإن النظام العام سيحول دون تطبيق القانون الأجنبي الذي يخالف أحكام الشريعة الإسلامية فيما يخص القدر الجائز الايضاء به، وذلك بهدف حماية حقوق الورثة وتقييد حرية الموصي في الايضاء⁽⁵⁸⁾.

ثانياً: تطبيقات الدفع بالنظام العام في الوصية في القضاء الفرنسي

تصدى القضاء الفرنسي لمسألة موانع الوصية القائمة على اعتبارات التمييز العنصري فمنع تطبيق القوانين الأجنبية التي تقرر موانع من هذا النوع باسم النظام

العام، كما منع تطبيق كل قانون أجنبي يقيد استحقاق الوصية بشروط تتنافى والمبادئ السائدة في فرنسا، ومن ذلك ما قضت به محكمة السان عندما أبطلت شرط ورد في وصية أجزتها جدة لحفيدتها مضمونه عدم الزواج بيهودي⁽⁵⁹⁾.

الخاتمة

بعد التعرض لمختلف عناصر الموضوع بالمناقشة والتحليل والمقارنة في إطار الخطة المعتمدة حاولنا جاهدين الإجابة على الإشكالية الرئيسية المطروحة والأسئلة الفرعية المرتبطة بها، نخلص في الأخير إلى النتائج التالية:

- يتضح من المحاولات الفقهية والاجتهادات القضائية الهادفة لوضع تعريف للنظام العام أنها وإن اختلفت في الصياغة، إلا أنها تكاد تُجمع على الفكرة الجوهرية التي ينصب عليها النظام العام في كل دولة، وهي فكرة المصلحة الوطنية، سواء كانت هذه المصلحة قائمة على الاعتبارات السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية أو الدينية.

- أن الدور الأساسي للنظام العام في مجال تنازع القوانين من حيث المكان، يتمثل في منع تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد الوطنية، إذا كان في تطبيقه مساس بتلك الأسس التي يقوم عليها المجتمع الوطني.

- أن فكرة النظام العام ذات بُعد وطني، لذا فهي نسبية ومرنة ومتغيرة في المكان والزمان، وهذه الخصائص تمنح القاضي سلطة تقديرية معتبرة للدفع بالنظام العام بمضامين متطورة تستجيب لمتطلبات المصلحة الوطنية.

- أن الدفع بالنظام العام ذو طابع استثنائي لا يقبل التوسع فيه ولا القياس عليه، الأمر الذي يترتب عليه انكماش مقتضيات النظام العام في حد ذاتها، بحيث لا يلجأ إليه القاضي إلا بتوافر شروط معينة؛ لأنه لو لجأ إليه كلما تعارض القانون الأجنبي مع قانونه لانتهى به الأمر إلى عدم إعمال قواعد الإسناد الوطنية في معظم المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي.

- يترتب على خاصية قابلية النظام العام للتغيير والتطور أن الوقت المعتبر لتقدير مقتضيات النظام العام من طرف القاضي هو وقت الفصل في الدعوى لا وقت نشوء العلاقة محل النزاع، بل إذا تغيرت مقتضيات النظام العام بعد رفع الدعوى وقبل النطق بالحكم فإن المعول عليه هو وقت النطق بالحكم لا وقت رفع الدعوى، لأنه الوقت الذي سيطبق فيه القانون الأجنبي.

- يتمثل الأثر المباشر للدفع بالنظام العام في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص سواء بشكل جزئي إذا كان ذلك ممكناً، أو بشكل كامل إذا استحال الاستبعاد الجزئي، غير أنه في حالات معينة يكتفي القاضي باستبعاد القانون الأجنبي لتحقيق نتيجة الحفاظ على النظام العام، وفي حالات أخرى لا تتحقق تلك النتيجة إلا إذا طُبِّق القاضي قانونه.

- يسمح القضاء الحديث سواء في الدول العربية أو الغربية في بعض الحالات بالتمسك بآثار حق اكتسب بشكل صحيح في الخارج ولو كان هذا الحق لا يُسمح بنشأته في دولة القاضي، طالما أن الأثر المتمسك به أمامه لا يتعارض مع النظام العام في دولته.

- الهوامش:

¹ انظر: الفصل (36) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، الصادرة بموجب القانون عدد 97 لسنة 1998، المؤرخ في: 1998/11/27.

² زاير فاطمة الزهراء: النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة، مذكرة ماجستير، القانون الدولي الخاص، جامعة بوبكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010، ص 21.

³ انظر: المادة (24) من القانون رقم: 05-10 المؤرخ في: 2005/06/20 المتضمن القانون المدني المعدل والمتّم.

⁴ انظر: المادة (28) مدني مصري، المادة (73) مدني كويتي، المادة (31) مدني ايطالي، نقلاً عن: زاير فاطمة الزهراء: النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة، ص 21.

- ⁵ بخروبة حمزة: موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، قانون أعمال، جامعة سطيف2، سطيف، 2014/2013، ص 17، 18.
- ⁶ بخروبة حمزة: موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري، ص 15، 16.
- ⁷ غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي: القانون الدولي الخاص، د.م.ط، د.ط، د.ت.ط، ج1، ص 145.
- ⁸ الطيب زروتي: دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزائر، دار هومة، 2010، ص 253.
- ⁹ بلمامي عمر: الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، عقود ومسؤولية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 1986، ص 125، 126.
- ¹⁰ بخروبة حمزة: موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري، ص 19.
- ¹¹ زاير فاطمة الزهراء: النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة، ص 22.
- ¹² يوسف فتيحة: "النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص"، دراسات قانونية، جامعة بوبكر بلقايد، تلمسان، العدد 05، 2008، ص 216.
- ¹³ شورو نورية: الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، القانون الدولي الخاص، جامعة بوبكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010، ص 88.
- ¹⁴ بخروبة حمزة: موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري، ص 21.
- ¹⁵ حسن الهداوي: القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) دراسة مقارنة، الأردن، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، د.ط، 1997، ص 187.
- ¹⁶ زيدون بختة: التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة ماجستير، القانون الدولي الخاص، جامعة بوبكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010، ص 140.
- ¹⁷ بخروبة حمزة: موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري، ص 22.
- ¹⁸ بلمامي عمر: الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، ص 154.

- ¹⁹ هشام علي صادق: دروس في تنازع القوانين، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، د.ط، 2003، ص ص 198، 199.
- ²⁰ بلمامي عمر: الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، ص 131.
- ²¹ الطيب زروتي: القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، الجزائر، مطبعة الفسيلة، د.ط، 2008، ج 1، ص 279.
- ²² أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، الجزائر، دار هومة، د.ط، 2004، ج 1 ص ص 171-173.
- ²³ زيدون بخته: التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، ص 144.
- ²⁴ بلمامي عمر: الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، ص 142.
- ²⁵ الطيب زروتي: القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، ص 281.
- ²⁶ حفيظة السيد الحداد: الموجز في القانون الدولي الخاص (المبادئ العامة في تنازع القوانين)، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، د.ط، 2010، ج 1، ص 304.
- ²⁷ حفيظة السيد الحداد: الموجز في القانون الدولي الخاص (المبادئ العامة في تنازع القوانين)، ص 304.
- ²⁸ حفيظة السيد الحداد: الموجز في القانون الدولي الخاص (المبادئ العامة في تنازع القوانين)، ص 305.
- ²⁹ نادية فضيل: تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، الجزائر، دار هومة، د.ط، 2001، ص 123.
- ³⁰ أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، ص 177.
- ³¹ بخروبة حمزة: موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري، ص، 64.
- ³² أعراب بلقاسم: القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، ص 178.
- ³³ انظر: الفقرة الأولى من المادة (06) من مجموعة القانون الدولي الخاص النمساوي لسنة 1979، والمادة (73) من المرسوم الأميري الكويتي رقم 05 لسنة 1961، نقلاً عن: زاير فاطمة الزهراء: النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة، ص 62، والطيب زروتي: القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، ص 284..
- ³⁴ الطيب زروتي: القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، ص 281.
- ³⁵ حفيظة السيد الحداد: الموجز في القانون الدولي الخاص (المبادئ العامة في تنازع القوانين)، ص 305.

- ³⁶ زاير فاطمة الزهراء: النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة، ص 68.
- ³⁷ الطيب زروتي: القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، ص 285.
- ³⁸ الطيب زروتي: القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، ص 285.
- ³⁹ الطيب زروتي: القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، ص ص 285، 286.
- ⁴⁰ نقلاً عن: الطيب زروتي: اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص مُعلّقاً عليه، الجزائر، دار هومة، د.ط، 2014، ص 43.
- ⁴¹ الطيب زروتي: اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص مُعلّقاً عليه، ص 47.
- ⁴² علي علي سليمان: مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، 2003، ص 157.
- ⁴³ زاير فاطمة الزهراء: النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة، ص 75.
- ⁴⁴ بخروبة حمزة: موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري، ص، 86.
- ⁴⁵ بخروبة حمزة: موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري، ص، 86.
- ⁴⁶ انظر: الهامش رقم: 04 من: شبورو نورية: الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، ص 92.
- ⁴⁷ انظر: الهامش رقم: 04 من: شبورو نورية: الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، ص 91.
- ⁴⁸ انظر: الهامش رقم: 04 من: شبورو نورية: الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، ص 91.
- ⁴⁹ ملف رقم: 123051، قرار بتاريخ: 1995/07/25، قضية لا.ص ضد لا.م ومن معه، نقلاً عن: عليوش قربوع كمال: القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، الجزائر، دار هومة، ط3، 2011، ج1، ص 171.
- ⁵⁰ سيد سابق: فقه السنة، لبنان، دار الفكر، ط2، 1998، ج3، ص 303.
- ⁵¹ ملف رقم: 244899، قرار بتاريخ: 2001/06/20، قضية أ.غ ضد ش.م، انظر: الهامش رقم: 5 من: زاير فاطمة الزهراء: النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة، ص 131.
- ⁵² القرار المؤرخ في: 24 أيار 1998 الصادر عن محكمة تمييز دبي، نقلاً عن: زاير فاطمة الزهراء: النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة، ص 133.

- ⁵³ نقلاً عن: زاير فاطمة الزهراء: النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة، ص ص 133، 134.
- ⁵⁴ نقلاً عن: زاير فاطمة الزهراء: النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة، ص 134.
- ⁵⁵ قرار محكمة النقض المصرية المؤرخ في: 26 يونيو 1967، نقلاً عن: هشام علي صادق: دروس في تنازع القوانين، ص 325.
- ⁵⁶ نقلاً عن: زاير فاطمة: النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة، ص 138.
- ⁵⁷ نقلاً عن: زاير فاطمة الزهراء: النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة، ص 138.
- ⁵⁸ هشام علي صادق: دروس في تنازع القوانين، ص ص 325، 326.
- ⁵⁹ قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في: 22 جانفي 1947، نقلاً عن: زاير فاطمة الزهراء: النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة، ص 139.

**Plea of Public order in the inheritance disputes, wills
with an international dimension**

Badr CHENNOUF *

ABSTRACT:

If the Algerian legislator and Comparative Arab legislations has licensed the national judge to apply foreign law on foreign to disputes that include a foreign element whenever indicated by the rules of rattachement in the law. However, it prevents him from applying this law, if he determines that its content is contrary to public order in his country. The inheritance and wills in Algeria system and most of the Arab countries is derived from the provisions of the Sharia, and it will result in the application of national law and the exclusion of the competent foreign law, whenever the latter contained provisions inconsistent with the provisions of the Sharia.

key words: Public order - Inheritance and wills - The exclusion of foreign law.

* Faculty of Law and Political Sciences - University of El-oued – Algeria.

The Wali status in the marriage contract In Fiqh, Law and jurisprudence

Mohammed BEDJAG*

ABSTRACT:

The Wilaya in the marriage contract is one of the important and sensitive topics in family law. It has stirred up controversy between scholars of Charia and law in the ancient and modern. This controversy is due to disagreement on the texts contained in that both in terms of constancy or semantics. the controversy has increased sharply on this subject in Algeria when embarking on family law reform in 2005. This is what i prompted me to search for the fact of the legal status of the Wali in the marriage contract through the books of fiqh, law and also court rulings.

key words: marriage contract – Wilaya – Fiqh – Law - jurisprudence.

* Faculty of Law and Political Sciences - University of El-oued – Algeria.

**proving Orfi marriages disputed
(study supported by Algerian jurisprudence)**

Abdallah HADJ AHMED*

ABSTRACT:

In the event of a dispute about the fact of Orfi marriages between couples, where one of them claims to prove the case of marriage, and the other denies this case, the only way to prove this case is to file a lawsuit to prove the marriage to a competent court. If the plaintiff was able to prove the marriage, the court decides that the marriage is constant. These pages are looking at the means of proving Orfi marriages in case of dispute between the parties, where we address the concept of a Orfi marriage, then we show the means of proving it.

key words: Orfi marriages – Proving – Dispute - Lawsuit.

* Department of Islamic Sciences - Faculty of Humanities, Social Sciences and the Islamic Sciences - University of Adrar - Algeria.

the controls of distinction between legitimate exits and prohibited tricks

Abdelkader DJAFAR *

ABSTRACT:

Muslim is exposed to conditions of distress and embarrassment in its work which lead him to search for a way out of it. However, this exit may be legitimate, and it may be circumvented forbidden. Perhaps it is confused it, He may be considered the prohibited like it is legitimate. The problematic of this research is: What is the concept of legitimate exits and prohibited tricks ? What is the controls of distinction between them? What is the examples of that?

key words: Distinction - Legitimate exits - Prohibited tricks.

*University of Ghardaia – Algeria.

The impact of Comparative Jurisprudence in compilations of Maalikis

Farida HAID*

ABSTRACT:

The article deals with the comparative jurisprudence in compilations of Maalikis, which is an important issue that it pushing back the intolerance charge Maliki to the opinion of Imam without proof. By extrapolating these books, it seems distinguish and superiority of Maalikis in the jurisprudence of the dispute since the first covenant witch they opened up to the dissenting opinion. Three methods have appeared in the field of comparative jurisprudence: the Hajaji dialectical approach, Athari and Taassili approach. With this approach Fiqh al-Maliki has evolved and its jurisprudential assets have expanded.

key words: Comparative Jurisprudence – Maalikis – Fiqh.

*Institute of Islamic Sciences - University of El-oued - Algeria.

What work has been done and its Makassed dimension in Fiqh al-Maliki

Nabil MOUAFAK*

ABSTRACT:

This article discusses the proof of evidence relied on by Maliki doctrine, which would have made its doctrine flexible in practice and address the events incident, and make it more dynamic in order to achieve the interests of the people, which is: What work has been done that is one of the rules that has been credited with enabling scholars of Ijtihad, deduction and the expansion in the field of Takhrij issues in Maliki doctrine.

key words: Maliki doctrine - Makassed dimension – Fiqh.

* Institute of Islamic Sciences - University of El-oued - Algeria.

The Definition of jurisprudence theories and the importance of its study

Kabi BEN MHENI*

ABSTRACT:

The Islamic jurisprudence (fiqh) is a worth to pay attention in our modern concepts, because its regularity is in the theories which is consider the grouping of branch with in the theory's doors to simplify those rulings for both sides public and private. All that to protect the credibility of the Islamic jurisprudence, so the structure of different civilizations require the modern scholars to present and fix the Islam with its legislations .Hence, we have provided a great service for our religion.

key words: Jurisprudence theories - Islamic jurisprudence - Legislations.

* Faculty of Humanities and Social Sciences - University of Laghouat - Algeria.

The Relationship amongst Protection (Edema), Eligibility and Mandate According to (Sharia) and Legal Jurists

Pr. Abou Baker Lacheheb*

ABSTRACT:

There has not been a common point of view regarding the meaning of protection and guardianship. Some use the terms interchangeably; while other consider protection as encompassing the term guardianship. Additionally, legal jurists and Shari'a scholars differed on their conception of 'protection' in that the former to consider the financial disclosure as multiple and transferable.

What makes this issue worth studying is that the two types of jurists still differ on the relationship between the two concept.

This study looks into the meaning of each of the three concepts (Protection, Eligibility and Mandate) and sheds light on the relationship amongst them. We also compare between the existent and the constant in the two types of jurisprudence (Shari'a and Law), defining the meeting points as well as the differences.

The study concludes with the efficient outcomes resulting from due diligence (Ijtihad).

key words: Edema – Eligibility – Mandate – Protection.

* Institute of Islamic Sciences - University of El-oued - Algeria.

**ENGLISH ABSTRACTS
OF
ARTICLES**

Rules of Publication

- research should not be published or has been submitted for publication in another journal.
- Research should not be part of thesis or part of book previously published.
- Research should be within the purview of the journal (Fiqh, the judiciary and Sharia law and science) and is characterized by novelty and addition.
- number of research pages should be in the range of fifteen to thirty pages.
- Commitment to fundamental basics of scientific research and its general rules taking care to accurate scientific documentation of research materials.
- Research should be written with "traditional Arabic" font. and should be to use the font size 16 for the board, and 12 for the footnote according to word version. Footnotes referred to in serial numbers in another search pages, with the full data sources and references certified.
- The research should enclose an abstract of his research in a hundred word in both Arabic and English Languages.
- Research should be sent via e-mail journal, or it is sent in a magnetic-CD with two copies on paper through the postal address of the journal.
- The researcher must send a signed request to publish his research, and he undertakes that his research is not part of thesis, a book published or sent for publication in another journal.
- The researcher has to send an Resume (c.v) of himself including scientific rank, function, full address, postal mail and phone number.
- Researches is displayed on preliminary examination committee to look at whether they satisfy Rules of Publication, then it is forwarded confidentially to specialized expertise.
- The journal send a promise of publishing once the positive reports is received. The journal also sends apology for the publication if the reports are not positive without resending researches to their owners or explaining the reasons to refrain from publishing.
- Each researcher is granted three copies of the published issue which contains his research.
- The journal reserves all publishing rights. It shall not be published in another journal before obtaining an official permission of the journal.
- Researcher has no right to request not to publish his research that it has been accepted for publication.
- Opinions expressed in this journal are solely those of their authors and do not reflect those of the journal.
- Arrangement of published researches are done according to technical considerations.

TABLE OF CONTENTS
Journal of Doctrinal and Judicial Studies
N° 1, Vol. 1 – Safar 1437 – December 2015

▣ Honorary President of the journal Pr. Omar FERHATI	07
▣ Director of Journal Pr. Abou Baker Lacheheb	09
▣ Editorial: Editor in chief Legal globalization and privacy of national legal systems Dr. Abdelkader HOUBA	11
▣ The Relationship amongst Protection (Edema), Eligibility and Mandate According to (Sharia) and Legal Jurists Pr. Abou Baker LACHEHAB	15
▣ The Definition of jurisprudence theories and the importance of its study Dr. Kabi BEN MHENI	37
▣ What work has been done and its Makassed dimension in Fiqh al-Maliki Dr. Nabil MOUAFK	57
▣ The impact of Comparative Jurisprudence in compilations of Maalikis Farida HAID	75
▣ the controls of distinction between legitimate exits and prohibited tricks Dr. Abdelkader DJAFAR	105
▣ proving Orfi marriages disputed (study supported by Algerian jurisprudence) Dr. Abdallah HADJ AHMED	127
▣ The Wali status in the marriage contract In Fiqh, Law and jurisprudence Mohammed BEDJAG	143
▣ Plea of public order in the inheritance disputes, wills with an international dimension. Badr CHENNOUF	177

Advisory Board

A- Members of the Advisory Board of national universities

Prof. Abou Bakr LECHEHAB(University of Eloued)
Prof. Ibrahim RAHMANI (University of Eloued)
Prof. Lakhdar ELAKHDARI (University of Oran)
Prof. Slimane ouled KHSAL (University of Medea)
Prof. Saleh BOUBCHICHE (University of Batna)
Prof. Saleh HEMLILE (University of Adrar)
Prof. Abdrazzak ZOUINA (University of Algiers 1)
Prof. Abdelkader BEN HARZALLAH (University of Batna)
Prof. Abdelkader BEN AZOUZE (University of Algiers 1)
Prof. Azzedine KIHHEL (University of Biskra)
Prof. Ammar Boudiaf (University of Tebessa)
Prof. Farida MEZIANI (University of Batna)
Prof. Mabrouk GHODHBAN (University of Batna)
Prof. Mohammed Nasser BOUGHZALA (University of Algiers)
Prof. Mohammed SNINI (University of Blida)
Prof. Mguelati SAHRAOUI (University of Batna)

B- Members of the Advisory Board of the outside homeland:

Prof. Hassan Abdelghani ABOU RAGHDA (King Saoud University - Saudi Arabia)
Prof. Saleh Khaled ALCHOUKAIRATE (al jouf university - Saudi Arabia)
Prof. Abdelhak HEMMICH (hamad bin khalifa university – Qatar)
Prof. EZEDDINE BEN ZGHIBA (College of Islamic and Arabic Studies, Dubai)
Prof. Mohammed ben Mohammed RAFIA (sidi mohamed ben abdellah university - Fes - Kingdom of Morocco)
Prof. Mohammed Ahmed Hassan ELKODHATE (Jordanian University)
Prof. Mohammed Ali SMIRAN (al-al bayt university jordan)
Prof. Youcef Ibrahim YUCEF (al azhar university)

All correspondence should be addressed to:

**Editor in chief of Journal of Doctrinal and Judicial Studies –
University of El-oued.**
PO Box 789 El-oued 39000 Algeria Phone - Fax: 032 130322
Ju-ju-st@univ-eloued.dz

**University of El-oued Publications
Laboratory of Doctrinal and Judicial Studies**

Journal of Doctrinal and Judicial Studies

**Refereed academic biannual
issued by the Laboratory of Doctrinal and Judicial Studies**

N°. 1, Vol. 1 – Safar 1437 – December 2015

ISSN 2477-9806

Honorary President of the journal
Pr. Omar FERHATI

Director of Journal
Pr. Abou Baker LACHEHAB

Editor in chief:
Dr. Abdelkader HOUBA

Deputy Chief Editor
Dr. Hayat ABID

Editorial Board:

Pr. Ibrahim RAHMANI
Dr. Mohammed Rachid BOUGHZALA
Dr. Abdelkrim BOUGHZALA
Dr. Amina SOLTANI
Mohammed BEDJAG



**University of El-oued
Laboratory of doctrinal
and Judicial Studies**



Journal of Doctrinal and Judicial Studies

Refereed academic biannual

issued by the Laboratory of Doctrinal and Judicial Studies - University of El-oued - Algeria

1

N°. 1, Vol. 1 – Safar 1437 – December 2015

ISSN 2477-9806

The Relationship amongst Protection (Edema), Eligibility and Mandate According to (Sharia) and Legal Jurists

Pr. Abou Baker LACHEHAB

The Definition of jurisprudence theories and the importance of its study

Dr. Kabi BEN MHENI

What work has been done and its Makassed dimension in Fiqh al-Maliki

Dr. Nabil MOUAFK

The impact of Comparative Jurisprudence in compilations of Maalikis

Farida HAID

the controls of distinction between legitimate exits and prohibited tricks

Dr. Abdelkader DJAFAR

proving Orfi marriages disputed (study supported by Algerian jurisprudence)

Dr. Abdallah HADJ AHMED

The Wali status in the marriage contract in Fiqh, Law and jurisprudence

Mohammed BEDJAG

Plea of publicorder in the inheritance disputes, wills with an international dimension.

Badr CHENNOUF