

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة أحمد دراية - أدرار

قسم العلوم الإسلامية

كلية العلوم الانسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية

## علاقة نظرية تنازع القوانين باعتبار المآلات وتطبيقاتها

### على قانون الأسرة الجزائري

دراسة فقيه مقارنة

أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراة في العلوم الإسلامية  
تخصص: شريعة وقانون

إشراف:

إعداد الطالب:

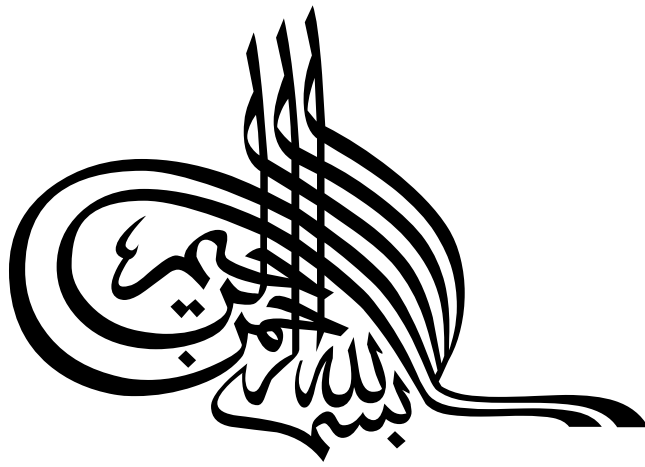
أ.د. المصري مبروك

عبد الجليل عبد الله

أعضاء لجنة المناقشة

الرتبة	اللقب والاسم	الصفة
أستاذ محاضر " أ "	د. موفق طيب شريف	الرئيس
أستاذ	أ.د. المصري مبروك	المقرر (المشرف)
أستاذ محاضر " أ "	د. محمد بلعتروس	المناقش
أستاذ	أ.د. سرير ميلود	المناقش
أستاذ محاضر " أ "	د. ميهي عبد الحق	المناقش
أستاذ محاضر " أ "	د. برهيم رحماني	المناقش

لجامعة: 1437-1438 هـ \* 2016-2017م



رَبِّ أَوْزِرْ عَنِّي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ  
أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ

صدق الله العلي العظيم

(النمل: 19)

# إهداء

إلى...

معلم الأمة ورحمة الله للبشرية سيدنا محمد ﷺ  
إلى والديَّ الكَرِيمين اللّذين يشرفهما مقامي هذا  
أمي تغمدها الله برحمته الواسعة وغفر لها  
والدي أمد الله في عمره ومرضقه الصحة والعافية  
إلى نزوجتي (أم محمد) ، وإلى ولديَّ محمد وأنس،  
الذين صبروا وضحوا بمتع كثيرة لكي أصل إلى هذا المقام  
إلى إخوتي وأخواتي الذين أنمروني بالكلمة الطيبة ، والدعاء بالتوفيق  
إلى كل من يجب أن يمشي سوياً على صراطٍ مستقيم، تأكيداً لعظمة  
الإسلام .

إلى هؤلاء جميعاً

أهدي هذا العمل المتواضع

وفاء وتقديراً .

## كلمة شكر ووفاء

تصديقاً لقوله تعالى (( لئن شكرتم لأزيدنكم )) (سورة ابراهيم: من الآية 7) ، (( ومن شكر فانما يشكر لنفسه )) (سورة النمل: من الآية 40) فالشكر لله على ما هدى، والحمد لله على ما فتح علينا وأعطى، شكراً كثيراً.

والذي الكرمين إجلالا واحتراماً، شكراً وتقديراً

اعترافاً بالفضل لأهله، ومكافأة ووفاء لمن قدم لي معروفاً، فإني أقدم بجزيل شكري، وخالص تقديري إلى أستاذي الوفي المعطاء، فضيلة الدكتور المصري مبروك حفظه الله، الذي تفضل عن طيب نفس، ومرحابة صدر، مشكوراً بقبول الإشراف على هذا البحث، وما خصني به من تشجيع ونصح وإرشاد وتوجيه، بالرغم من كثرة مشاغله، وتعدد مسؤولياته، ولم يخل علي بعلمه أو وقته، مما كان له عظيم الأثر في إثراء هذا البحث وإنجازه، أسأل الله تعالى أن يجزل له المثوبة والعطاء وحسن الجزاء، وأن يقر عينيه، ويبارك له في علمه، وعمله وصحته.

كما أقدم بجزيل الشكر والامتنان، وخالص التقدير والعرفان إلى أستاذي الكريم، الدكتور محمد بلعروس، الذي كان مشرفاً على رسالتي في الماجستير، لماله من فضل علي وتوجيه، استفدت منه في رسالتي هذه.

وأقدم شكري للأساتذة على تفضلهم بقبول قراءة هذا البحث ومناقشته، وعلى ما بذلوه من جهد لتتقيقه، وتقويم اعوجاجه، أسأل الله تعالى أن يحفظهم، وأن يجزل لهم المثوبة وحسن الجزاء، وأن يبارك لهم في علمهم، وعملهم، وأن يقر عيونهم.

كما لا يفوتني أن أقدم بجزيل الشكر والعرفان لكل من أسدى لي معروفاً، أو نصحاً، أو خدمة في هذا البحث.

# مقدمة

## مقدمة

الحمد لله الذي أكمل لنا الدين، وأتمم علينا النعمة، وجعلنا خير أمة أخرجت للناس، حننا على التآلف والاجتماع، ونهانا عن التفرق والاختلاف، والصلاة والسلام على من أرسله ربه رحمة للعالمين، سيدنا محمد، وعلى آله وأصحابه وأتباعه إلى يوم الدين.

### تحديد الموضوع:

إن للمسلمين خارج سلطان الدولة الإسلامية أوضاع خاصة، (فهم لا يحتكمون إلى قوانين مستمدة من الشريعة الإسلامية)، هذه الأوضاع تجعلهم يكتسبون خصائص يجب أن توضع في الحسبان عند النظر في أفضيتهم وما يتعلق بشؤونهم، لما تؤول إليه من مقاصد وغايات، ستختلف حتما لو طبقت تلك الأحكام عليهم وهم في بلدانهم الأصلية.

بالإضافة إلى أن المسلمين في بلاد الغرب يخضعون إلى قوانين تلك البلدان، عندما يباشروا المسلم بصفته أجنبي، فإنها تثير تنازعا بين قانون تلك الدولة المستقبلية، وقانون بلاده الذي هو قادم منه، مما يجعله يبحث عن أفضل القوانين التي تحترم شخصيته المسلمة، وتحافظ له على حقوقه ومكتسباته في تلك البلاد.

إن هذه الأوضاع المختلفة لواقع الأقليات المسلمة، في الغرب من شأنها أن تُكسب أحوالا كثيرة من أحوال المسلمين، سواء في الجانب الأسري خاصة، أو الاجتماعي أو غيرها من مجالات الحياة، خصوصيات مختلفة، تؤول بها إلى مآلات متعددة، عند النظر في قضاياها وما يتعلق بها، هذه المآلات يجب أن تكون متفقة مع مقاصد الشريعة الكبرى وغاياتها.

وفي ظل غياب اتفاقيات دولية، توحد القواعد المعمول بها لحل مشاكل تنازع القوانين، فإن الحلول ستكون خاضعة للقواعد المختلفة المعمول بها، سواء في الفقه الإسلامي، أو القانون الوضعي في كل دولة، وستبقى خاضعة للتوجهات العقائدية، والسياسية، والاجتماعية، للدولة المعروض على قضائها النزاع، وستظل الأسرة المسلمة، تعيش في عدم استقرار قانوني، يهدد تماسكها ويمنع استمرارها ونموها.

## أهمية الموضوع:

تتجلى أهمية الموضوع فيما يلي :

- ارتفاع نسب الأسر المسلمة المتواجدة بالخارج، مما يستوجب إثارة الانتباه إلى واقع هذه الأسر، والقصور القانوني في معالجة قضاياها، خاصة في ظل التحولات العميقة، التي عرفتها بعض القوانين العربية، المنظمة لشؤون الأسرة.

- ضرورة حماية الشخصية المسلمة، وتمكينها من الاستقرار الذاتي، مع الاندماج الحضاري والاقتصادي والسياسي والاجتماعي والثقافي، الذي يفرضه وجودها خارج أرض الوطن، وذلك بصيانة الأسرة المسلمة، وتقوية مناعتها، باعتبارها ممثل القيم الحضارية الإسلامية بالمهجر.

- كما تكمن أهمية هذا الموضوع، في كونه يعالج الروابط العائلية للأسرة المسلمة، داخل الوطن وخارجه.

- إن موضوع تنازع القوانين، والنظر في مآلات الأحكام، تدعو الحاجة إليه، فهو موضوع الساعة خاصة أن المجتمع الجزائري، يشهد زيادة عدد غير المسلمين الوافدين إليه، ويجب أن يعتبر وجودهم وجوداً مستمراً ومنتامياً، لا وجوداً طارئاً، أو إقامة مؤقتة أملت الظروف السياسية والاقتصادية.

وإذا كان من غير الممكن، أن أتناول واقع الزواج المختلط، الذي يكون أحد أطرافه يحمل جنسية مغايرة، في جميع الأنظمة القانونية والقضائية الأوروبية، فإني سأركز على بعض الدول الغربية، وذلك لسببين:

1- أن هذه الدول خاصة الغربية، هي أكثر المناطق التي يقصدها المهاجرون؛ لكونها تتوفر على بنى اجتماعية واقتصادية وثقافية للاستقبال، أكثر جذبا وفعالية من تلك التي تتوفر في مجتمعات أخرى.

2- كون التنازع بين القوانين الغربية، والقوانين الإسلامية - مثل القانون الجزائري المستخلص معظمه من الشريعة الإسلامية - يشكل تحدياً للتصادم بين القيم الحضارية، وذلك بالنظر لما يوجد بين القوانين، من اختلافات جوهرية، راجعة لعدم تماثل مرجعياتها الإيديولوجية، والثقافية والدينية والأخلاقية.

## أسباب ودوافع اختيار الموضوع:

إن الأسرة المسلمة، التي تعيش في الدول الغربية، تقحم في مشاكل خطيرة، مترتبة عن قواعد التنازع، التي تحدد القانون الواجب التطبيق عليها، في حالة تنازع القوانين، هذه القواعد التي تبعد الأسرة عن هويتها الإسلامية، وتخضعها لثقافة غريبة عنها، وتعيق إمكانية استمرارها. وعليه فإن هناك دوافع مختلفة، تدعو للبحث والنظر، في هذه القضية من بينها:

## على المستوى الواقعي:

يعتبر هذا الموضوع المتصل بالأسرة، ومنهج المحافظة عليها، في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، حيث يكتسي الأهمية الواقعية العظمى، بين بقية المواضيع، فهو الذي لم يخب، ولو لفترة وجيزة الحديث عنه، والصراع حوله، سواء في الجانب الاجتماعي، أو التشريعي أو السياسي.

ومن هنا فإن التنبيه إلى أهميته، عن طريق البحث العلمي، والتنبيه إلى ضرورة تماشي القواعد القانونية، مع الأحكام الشرعية للأسرة، ضرورة يملئها الواقع الذي يعج بالنوازل والمتغيرات، من أجل أن يعيش المسلم عصره دونما تفريط في خصائصه وانتماؤه الدينية والحضارية.

أضف إلى أن ( تنازع القوانين )، لم يعد يطبق على إطلاقه، بل أضحى التصديق عنوانه، والحد منه سمته، حيث تفرض الدول الأجنبية، قوانين تعتبرها إقليمية التطبيق، ومقدمة على كل ما هو شخصي، ولا عبرة لما هو ديني أمامها، بل إن لم تعتمد إحراج المسلمين خاصة بتشريع ما يخفي خصوصياتهم، والقضاء عليها.

## على المستوى العلمي:

إن مبدأ شخصية القوانين هو السائد في أغلب الأنظمة القانونية العربية، وهو أن يحاكم الشخص بالنسبة للمسائل الشخصية وفق قانون بلده الأصلي، إلا أن أغلب الدول الغربية تسعى إلى الحد من فاعلية شخصية القوانين، من خلال اعتماد النظام العام، كسيف ذي حدين، يبعد به كل ما هو غير مرغوب فيه، من القوانين الإسلامية، بحجة أنه يخرق مبادئ الدول العلمانية، ويشكل تهديداً لأمنها، ويشوش على نظامها.

أما إذا تعلق الأمر بقضايا الأطفال، بحضانتهم، ونسبهم، ونفقتهم، وإرثهم، فقد التجأت هذه الدول، إلى ضابط آخر لتحديد القانون الواجب التطبيق، على هذه القضايا، هو مصلحة الطفل،



فتخضع الطفل وقضاياه، إلى القانون الذي ترى أنه يقدم الحماية الأكبر للطفل، فتبعد بذلك أحكام الشريعة الإسلامية، إذا أسندت الحضانة للأب المسلم، ومنعت منها الأم غير المسلمة. وتبعد أحكام الشريعة الإسلامية، التي ترفض إعطاء النسب للطفل غير الشرعي، وتفرض على (الأب المسلم)، قانونها مرغمة إياه إعطاء نسبه للولد غير الشرعي، وتلزمه بالنفقة عليه، والتوارث بينهما.

وهناك دول تعمل بمبدأ إقليمية القوانين، فإنها تعتمد قاعدة الموطن، بدل قاعدة الجنسية، لتحديد القانون الواجب التطبيق، على النزاع المعروض، فتحرم بكل بساطة المسلم، من أحواله الشخصية الإسلامية الأصلية، مجبرة إياه على الخضوع لقانونها العلماني، المتعارض مع الشريعة الإسلامية بالكلية.

الرغبة في الوقوف على أحوال أطراف الزيجات المختلطة، من حيث نظام أحوالها الشخصية، ومن ثم وضع اليد على المعاناة، التي تواجهها بسبب التماثل بين قوانين متنافرة، يعتمد بعضها مرجعية دينية في مجال الروابط العائلية، وأخرى قائمة على فكر علماني، لا يؤمن إلا بثقافة الحرية، والمساواة التامة بين الجنسين.

ويضاف إلى ما سبق، رغبتني في خوض غمار حقل معرفي، يتسم بالحركية والتطور المستمر، وجدال فقهي دائم، وهو القانون الدولي الخاص، وفقه الأقليات.

### على المستوى الاجتماعي:

الأقليات تواجه تحديات كبيرة، على مستوى الفرد، الذي يعيش وسط بيئة لها فلسفتها المادية، التي لا مجال فيها للوازع الديني، وعلى المستوى الأسري، التي تحاول التماسك، في خضم مجتمع تفككت فيه الروابط الأسرية، واستحالت فيه العلاقة الزوجية بين الزوجين، والأبوية بين الأبناء والأبوين.

علاقة ليست قائمة على أسس من القوامة الإيجابية، كما هو الحال في القوانين الأوربية، التي ترفض أن يكون الطلاق بيد الرجل، مما يجعل الزوج المسلم، يعيش تناقضا خطيرا، لا يقره الشرع الحنيف ولا عقل سليم.

### إشكالية البحث:

إن الإقامة في أرض الغربة، بعيدا عن ديار الإسلام، أفرزت كثيرا من القضايا التي لا نظير لها في بلاد الإسلام، كالحديث عن التجنس ومزلقه، ومدى الاعتداد بما يكون من الزواج، وكثير من صور المعاملات المستحدثة، ومثل هذه القضايا تحتاج إلى تحقيقها، وبيان حكم الشريعة فيها،

ولهذا الفقه « فقه الأقليات المسلمة »، أصول ومبادئ نظرية وتطبيقية، يجب معرفتها واستيعابها وتمثلها، خاصة أن هذا الفقه يتميز برؤية تطبيقية معاصرة، مادام يراعي أحوال المغتربين واقعا، وزمانا، وعرفا وعادة وحالا ومجتمعاً.

وفي المقابل فإن تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، هو الذي ينظم جانب الأقليات في تلك الدول، مما يجعل المسلم في حيرة من أمره، يعيش بين مخافتين، أيحافظ على شخصيته النابعة من حضارتها الإسلامية، أم يقبل الذوبان والاندماج، في المجتمع الجديد الذي يعيش فيه؟. وإذا كان قانون الأسرة المعدل، قد روعي في تعديله المواثيق الدولية، ومبادئ حقوق الإنسان، من أجل فتح المجال أمامه للتطبيق في الدول الأجنبية، ومن ثم التخفيف من المشاكل القانونية والاجتماعية الناجمة عن الزواج المختلط، وتواجد الأسر المسلمة في الدول الأجنبية غير المسلمة.

فإنه يحق لنا أن نتساءل، إلى أي مدى استطاع قانون الأسرة الجزائري في شكله الحالي، والأنظمة القانونية للأحوال الشخصية في الدول العربية المسلمة، من تخطي العقبات والحواجز القانونية والقضائية، التي تضعها دول الاجنبية في وجه تطبيق القانون الوطني، على أفراد الجالية المسلمة بالخارج؟.

خاصة في ظل التحولات التي تعرفها الأنظمة القانونية الأسرية، سواء على مستوى تطور ضوابط الإسناد، أو على مستوى تكريس مفاهيم الحرية والمساواة، في صلب القواعد المنظمة للروابط الأسرية، التي أضحت تشكل جزءاً من النظام العام في الدول الغربية. ثم إن إعمال القانون الأجنبي، إذا لم يكن مخالفاً للشريعة لاضرير، وفي حال قبوله، ما هي المآلات التي تؤول إليها الأحكام، عند تطبيق القانون الدولي الخاص على منازعات الأسرة؟.

إن الإجابة عن هذه الإشكالات، لن يتأتى إلا من خلال المزاوجة بين أمرين اثنين:

أولها: استجلاء مختلف العراقيل، التي تضعها بلدان الاستقبال في وجه تطبيق قانون الأحوال الشخصية، خاصة ما يتعلق منها بتطور مفهوم النظام العام، في الدول الأجنبية، وبروز ضوابط إسناد جديدة في مجال الروابط الأسرية غير الوطنية، إضافة إلى محاولة الكشف، عن جملة المشاكل القانونية، والاجتماعية التي تحيط بوجود المسلم خارج بلده.

ثانياً: البحث في مآلات تطبيق بعض الأحكام الشرعية، على بعض المسائل في الأحوال الشخصية، ووضعيتها أمام القضاء الأجنبي، من خلال الوقوف على كيفية تعامل هذا الأخير مع قانون الأحوال الشخصية.

وعلى نسج هذه الإشكالات، تأتي هذه الدراسة محاولةً للإجابة عنها، وبسط القول حولها، ومثبتةً في السياق ذاته، أن اعتبار مآلات الأحكام وغاياتها، أصلٌ كلي ذو تأثير واسع في ساحة وضع القوانين والأحكام، وأنّ الشريعة الإسلامية أصولاً وفروعاً قائمة على ذلك. وذلك من خلال استعراض، أبرز المجالات، التي كان لاعتبار المآلات أثر في قيامها، وصيرورتها، من المبادئ الثابتة التي يرجع إليها العلماء في سائر اجتهاداتهم. وبناء على ما سبق ذكره، صيغ عنوان هذا البحث.

### الدراسات السابقة:

في حدود ما توفر لدي من المعلومات، فإنني لم أعثر على دراسة أكاديمية، تتعلق بموضوع الدراسة، باستثناء بعض الدراسات، التي كتبت في جزء، أو في بعض النقاط التي لها صلة بالموضوع أذكر منها:

- - ( أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب)، للدكتور سالم بن عبد الغني الرفاعي، وهي عبارة عن رسالة دكتوراه، هو الآن عبارة عن كتاب، الناشر: دار ابن حزم، سنة النشر: 1423 هـ - 2002م، تناول فيها الباحث، مقارنة أحكام الأحوال الشخصية بين الشريعة الإسلامية والقانون الألماني، فهي عبارة عن دراسة مقارنة بين نظامين مختلفين، دون أن يتطرق الباحث إلى قضايا التنازع، وأسس حل النزاع بين الأنظمة القانونية.
- - ( العلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين في الشريعة الإسلامية واليهودية والمسيحية)، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1984 م، للدكتور بدران أبو العينين بدران، هذه الدراسة اتسمت بالعموم، أدخل فيها كل العلاقات الاجتماعية من معاملات وغيرها، واقتصر فيها الباحث على قانون واحد، وهو القانون المصري، وأغفل فيها الكثير من القضايا المهمة، التي تتعلق بأحكام الأسرة.
- - ( أثر اختلاف الدين حول مسائل الأحوال الشخصية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري )، ميرة وليد، وهي عبارة عن رسالة ماجستير علوم إسلامية، الشريعة و القانون، 2005 م جامعة باتنة، تم البحث فيها حول إمكانية، تأثير الدين على مسائل الأحوال الشخصية، ولم يأت على ذكر تنازع القوانين، وتأثيرها في الأحكام الفقهية المتعلقة بمسائل الأسرة.

• - ( الأحكام الشرعية لمسلمي البلاد غير الإسلامية )، خالد محمد عبد القادر، رسالة علمية نال بها درجة الماجستير من (كلية الإمام الأوزاعي للدراسات الإسلامية) في بيروت، سنة 1415هـ، هي عبارة عن مسائل، وفروع منتقاة، مما يتطلع المسلمون في ديار غير المسلمين إلى معرفتها، لتصحيح سلوكهم مع مخالفيهم، وضبط تعاملهم مع غيرهم، بحكم الخلطة والجوار، على أساس قويم.

وما يلاحظ على هذه الدراسة أنها كانت دراسة فقهية فقط، واقتصرت على بيان الأحكام الشرعية للمسلمين في ديار الغرب.

• - ( اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات دراسة مقارنة في أصول الفقه ومقاصد الشريعة)، الدكتور عبد الرحمن بن معمر السنوسي، الناشر : دار ابن الجوزي، رجب 1424 هـ، وهو أول بحث علمي دقيق جدا في هذا الموضوع، وقد تناول في هذا البحث مفهوم اعتبار المآل، وبنى له تعريفاً أصولياً مقصدياً، ثم تحدث عن خصائصه، وأثره في التشريع والاجتهاد، ثم تطرق بعد ذلك إلى القواعد التي تندرج تحت اعتبار المآل.

• - (مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي من التنظير إلى التطبيق) الدكتور يوسف عبد الله أحميتو، مركز نماء للبحوث والدراسات 2012م، يحاول هذا الباحث، أن يتقدم خطوة بالباحث الشرعي، ليُمرّن تفكيره الفقهي على تطبيق النظريات التي طالما سمعها وتعلمها في باب المآلات والمقاصد، من خلال نافذة دقيقة، هي نافذة المعاملات، ومن خلال مذهب فقهي، يُعتبر من أكثر المذاهب تفعيلاً وتأصيلاً لهذا الباب، وهو المذهب المالكي.

• - ( اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي)، الدكتور وليد بن علي الحسين، الناشر : دار التدمرية، 1429هـ، وهو أطول البحوث التي تناولت اعتبار المآل، ويمتاز عن غيره من البحوث، بكثرة التفريعات الجزئية للموضوع.

وما يلاحظ عليه، أنه تخلى عن الحديث عن الاستحسان، ولم يشر إليه، وحتى حديثه عن الضرورة والمصلحة، وهما من صور الاستحسان عند المالكية والحنفية، فلم يلتفت إلى ذلك، دون أن يبرر دافعه إلى هذا الاتجاه.

• - (الحضانة في الزواج المختلط بين التشريع وعوائق التطبيق)، للباحثة، جلييلة دريسي، وهي دكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول بوجدة المغرب، 2012م، تحدثت الباحثة عن الحضانة في القانون الدولي الخاص، وما تثيره من تنازع عند تفكك الرابطة الزوجية، وما ينتج عنها

من مشاكل، خاصة عند زوجين من جنسيتين مختلفتين، وكيفية معالجة هذه المشاكل من طرف القضاء.

من أهم ما يلاحظ على هذا البحث، هو الدعوة إلى التعامل مع النصوص الشرعية بقراءة أكثر واقعية، وإحياء الاجتهاد في إطار الفقه الإسلامي بشكل ينسجم والواقع العملي، استجابة لطموحات الأسرة المغربية والأسرة الإسلامية الراغبة في الانفتاح والاتصال بالغير.

• - (أثر اختلاف الدين في أحكام الزواج في الفقه الإسلامي)، الباحثة أميرة مازن عبد الله أبو رعد، رسالة الماجستير، جامعة النجاح نابلس، فلسطين 2007م، تحدث في هذا البحث عن ظاهرة الزواج بغير المسلمات، وانتشاره انتشارا كبيرا بين المسلمين، وبينت مدى خطورته على الشباب المسلم.

يلاحظ أنها اهتمت بجانب الحكم على الزواج سواء كان اختلاف الدين أصلي، أو طارئ، أي عند تغير دين أحد الزوجين، وتحدثت حول حكم الزواج ببعض الفرق كالشيعة والبهائية....، من الفرق المنتشرة.

والملاحظ على هذه الرسائل في أغلبها، أنها مختصة بجانب الفقه الإسلامي فقط.

وخلاصة القول إنني لم أجد بحثا تتوافر فيه الصفات الآتية ويجمع بينها:

- تخصيص مسائل الأسرة، عند النظر في مآلات الأحكام والبحث فيها
- دراسة مسائل الأسرة دراسة مقارنة، بين الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي، عند تنازع القوانين

### منهج الدراسة:

إن طبيعة البحث تعتمد بصورة كبيرة، على المنهج المقارن، حيث يبرز استخدام المسلك المقارن، عند تناول النصوص والقواعد بالبحث، في كل من التشريع الإسلامي والقانون الوضعي، وعرضها على بعضها للمقارنة والمقابلة، والنظر في أوجه الاختلاف والاتفاق، وحصرتها إن وجدت.

ويستخدم المنهج التحليلي، لتوصل به إلى استخراج الأحكام الشرعية أو القانونية، من هذه النصوص، ثم اللجوء إلى تحليل مدلولاتها وأبعادها، بغرض التعرف على ما احتوته من سلبيات، أو إيجابيات تمكنا من إعطاء نتيجة، تؤهلنا للحكم على مدى نجاعة ما ذهب إليه المشرع.

مع الرصد المتوالي، لقواعد القانون الدولي الخاص، وفق ما يرافق ذلك من وجهات النظر الشخصية للباحث، والمستقاة من خلفيته القانونية، وأقوم بتحليل الآراء والتعريفات المذكورة في البحث، سواء كانت فقهية أم قانونية.

وكذلك اعتمدت على المنهج التاريخي، لدراسة تاريخ نشأة نظرية التنازع بين القوانين؛ لأن الحاضر نتاج الماضي، ولا يمكن فهمه إلا بالعودة إلى أصوله التاريخية، التي نشأ وتكون فيها. أما نطاق (حدود) البحث سأقتصر في الجانب التطبيقي، على بعض الأحوال الشخصية في قانون الأسرة وهي: الجانب الموضوعي والشكلي لعقد الزواج، ثم أذكر الاختلاف في الدين، والحضانة، ومسألة النسب، والنفقة والميراث والوصية. الصعوبات التي واجهت الباحث:

### من أهم الصعوبات التي واجهتني في البحث:

- البعد عن مراكز البحث، وقلة المصادر المتخصصة في موضوع الدراسة.
- حداثة فقه الأقليات، واختلاف الفقهاء المعاصرين حول هذا النوع من الفقه، هل فقه خاص أم هو فقه مثله مثل فرع الفقه الأخرى.

### عملي في البحث:

- من أجل نجاح الخطة، التي وضعتها لدراسة هذا الموضوع، وإفضائها إلى المقصود على الوجه المطلوب، فقد حاولت أثناء معالجة مباحثه الالتزام بالمنهج الآتي بيانه:
- اعتماد منهج الاستقراء الأغلب، في جمع مادة الموضوع وترتيبها وتنسيقها؛ مع الالتفات إلى المنهج التحليلي في دراسة محتواها والاستفادة منه في التأصيل للموضوع والتنظير له.
- التزام الاختصار، والبعد عن التطويل والإطناب، والتركيز على المعاني المهمة، دون الولوج في المسائل الفرعية، التي لا تخدم الموضوع مباشرةً، وذلك حتى لا تشتت جزئيات البحث، وتطول إلى الحد الذي يخرج به عن الإطار العام للموضوع لدراسته سلفاً.
- الاكتفاء في التمثيل، بإبراز ما يوضح المعنى، مع الإعراض عن مناقشة الأمثلة البيانية، إلا في بعض المواضع التي اقتضى المقام تناولها ببعض النقاش.
- محاولة الاتسام بالموضوعية، في مواطن الترجيح، والانتصار لآراء العلماء، وذلك بغية الوصول إلى الحق والصواب، مجرداً عن دواعي التعصب والهوى.
- وقد يتكرر مني الاستشهاد بالنص الواحد، وإنما كان ذلك كذلك، بسبب تعدد أسباب إيراده، واختلاف مجال الشواهد منه، فأورده مرة بقصد، وأخرى بقصد.
- التعريف بالمصطلحات التي لها ارتباط وثيق بالموضوع، دون الالتفات إلى المصطلحات، التي لا تخدم الدراسة خدمة مباشرةً.
- الاعتماد على قوة المادة العلمية، في ترتيب مصادر التوثيق، والانتقال إلى الترتيب المذهبي

للمؤلفين، في حالة تقاربهم في ذلك، وتقديم المتقدمين على المتأخرين، عند اختلاف المنازع الاجتهادية واضطرابها.

- الرجوع إلى المصادر الأصلية في البحث، ما استطعت إلى ذلك سبيلا، وفي بعض المسائل المعاصرة - أصولية أو فقهية - أحرص على تأصيلها من الكتب والمصادر القديمة، مع جمع وتحليل ما ألف فيها أو كتب، من المصادر الحديثة، جمعا بين الأصالة والمعاصرة.

- الحرص على تأصيل بعض الضوابط، التي يحتاجها المجتهد في القضايا المعاصرة، بذكر ما يدل عليها من نصوص الكتاب والسنة، أو القواعد الشرعية المقررة، أو أقوال بعض أئمة السلف.

- الحرص على التزام الأمانة العلمية، في عزو الأقوال إلى قائلها، وبذل الجهد في نقل قول كل قائل من كتابه - إن تمكنت من ذلك - وإلا نقلته من كتب أصحابه المعتمدة.

- بذلت وسعي في الالتزام، بما هو متعارف عليه، من قواعد كتابة البحوث العلمية، في النقل والعزو والاقتباس والتوثيق.

- عزوت الآيات إلى سورها، ذكرا رقم الآية، ثم اسم السورة، أما الأحاديث، فقد عزوتها إلى كتب الحديث الأصلية، ذكرا الكتاب والباب والجزء والصفحة، أو رقم الحديث.

- عزوت الأحاديث المذكورة في البحث، إلى مصادرها الأصلية، فإن كان الحديث في الصحيحين، اكتفيت بتخريجه منهما، وإذا كان في أحدهما اكتفيت به، دون بقية كتب الحديث الأخرى، أما إذا كان الحديث ليس في الصحيحين، خرجته من الكتب الستة إن وجد فيها، أو من كتب السنن، أو المصنفات أو المعاجم، ومع محاولة الحكم عليه بحسب ما تيسر.

- عزوت الاقتباسات إلى مصادرها، بذكر المؤلف واسم الكتاب، ثم ذكر المحقق إن وجد، ودار الطباعة، وكذا الطبعة إن وجدت ورقمها وسنة الطبع، ثم الجزء والصفحة، وهذه طريقتي في الحاشية إن كان عزو الكلام إلى مرجعه لأول مرة، فإن تكرر اكتفيت بذكر المؤلف و اسم الكتاب والجزء والصفحة، مع اعتماد الاسم المشهور للكتاب، مثل تفسير ابن كثير، حاشية بن عابدين، حاشية الدسوقي...

- التعريف بترجمة موجزة للأعلام، الواردة أسماؤهم في البحث، عدا المشهورين والمعاصرين.

- وضع فهرس علمية متنوعة في آخر الرسالة؛ خدمة للقارئ في الوقوف على مظان النصوص والقواعد والمصطلحات، والمصادر التي ورد ذكرها، وتوظيفها في ثنايا مباحث الدراسة.

- ترتيب فهرس الآيات وفق ترتيب السور، أما الفهارس الأخرى، ترتبها يكون أبجديا.

## خطة البحث:

تتكون هذه الدراسة من ثلاثة فصول، تسبقها مقدمة، وتعقبها خاتمة.

### الفصل الأول: نظرية تنازع القوانين

تناولت فيه مفهوم نظرية تنازع القوانين، وفي المبحث الثاني ذكرت أسباب وأنواع التنازع بين القوانين، لأستخلص النوع الذي يعيننا في دراستنا، ولقد قمت في المبحث الثالث بذكر مناهج التنازع بين القوانين، حتى أبين نوع المنهج السائد في حل قضايا النزاع في مسائل أحوال الأسرة. وفي المبحث الرابع بينت دور الموطن والأهلية والجنسية في تنازع القوانين، وبالأحرى في القانون الدولي الخاص، مع ذكر ضابط الجنسية لحل المنازعات في الأحوال الشخصية.

### الفصل الثاني: حقيقة اعتبار المآل و الصبغة المقاصدية والتوصيف الأصولي له

تناولت في المبحث الأول تعريف مآلات الأفعال وأدلة اعتبارها، ونشأة مصطلح مآلات الأفعال.

وفي المبحث الثاني أشرت إلى الصبغة المقاصدية والوصف الأصولي لمبدأ اعتبار المآل، أما المبحث الثالث، كان لابد من الإشارة إلى النظريات والقواعد الفقهية الأكثر صلة باعتبار المآل، والقواعد ذات الصلة بمبدأ اعتبار المآل.

وفي المبحث الرابع، ذكرت الغايات الأساسية للقانون الوضعي، وفلسفة التشريع الوضعي في ضوء مقاصد الشريعة.

### الفصل الثالث: مبدأ اعتبار المآل في فقه الأقليات ودوره في حل التنازع بين القوانين

كان من مباحثه الرئيسة، دور اعتبار المآل في فقه الأقليات، والتأصيل له، ثم في المبحث الثاني تناولت بالبحث مبدأ اعتبار المآلات وسيلة لحل التنازع بين القوانين، أما في المبحث الثالث بحثت اعتبار المآل كآلية لحل تنازع القوانين بشأن المسائل الشخصية، ( إنشاء عقد الزواج، وتغيير دين أحد الزوجين، والحضانة، والنسب)، وفي المبحث الرابع أشرت إلى الحلول العملية لتنازع القوانين في المسائل الشخصية ذات الأثر المالي ( النفقة، الوصية والميراث).

وأما الخاتمة فهي عبارة عن نتائج البحث، والتوصيات، ثم تليها الفهارس وهي كالآتي:

فهرس الآيات القرآنية، فهرس الأحاديث النبوية، والقواعد الأصولية والفقهية، وفهرس المواد القانونية، وفهرس الأعلام المترجم لهم فقط، ثم قائمة المصادر والمراجع، ثم فهرس الموضوعات.

هذا؛ وما قدمته إنما هو جهد من أقر بالعجز والتقصير ابتداءً وانتهاءً، فما كان فيه من صوابٍ، فتوفيق خالص من الله ﷻ، وما كان فيه من نقص ومن خلل، فمني ومن الشيطان، وعذري



في ذلك أني بذلت المستطاع في خدمة العلم وأهله، والله المستعان، وعليه التكلان.  
وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله الطاهرين، وخلفائه الراشدين، وصحبه المرضيين،  
والتابعين لهم بإحسان، وسلم تسليماً كثيراً طيباً مباركاً فيه دائماً إلى يوم الدين.

# الفصل الأول

## نظرية تنازع القوانين

- المبحث الأول : مفهوم نظرية تنازع القوانين  
المبحث الثاني : أسباب وأنواع تنازع القوانين  
المبحث الثالث : مناهج معالجة التنازع بين  
القوانين  
المبحث الرابع: دور الموطن والجنسية في تنازع  
القوانين

## الفصل الأول: نظرية تنازع القوانين

تعتبر نظرية تنازع القوانين من أهم موضوعات القانون الدولي الخاص، فهي تعني بالبحث في القوانين المتعددة التي تحكم العلاقة التي يكون أحد طرفيها أجنبي.

يعتمد في حل التنازع بين القوانين على قواعد تشريعية لمختلف الدول، وتختلف الحلول باختلاف التشريعات المنظمة لهذا النوع من القضايا، ونجد القواعد المنظمة لمشاكل التنازع بين القوانين، قد ادرجت بين أبواب القانون المدني في أغلب الدول العربية، واستثني من ذلك القانون التونسي، الذي أفرد قانون خاص بقواعد فك التنازع بين القوانين في القانون الدولي الخاص، كما نظمت معظم التشريعات الغربية قواعد حل التنازع بين القوانين، في مجموعة خاصة مستقلة، تحت مسمى القانون الدولي الخاص.

وعليه فإنني سوف أعرف في هذا الفصل التنازع بين القوانين، ثم أستخلص نوع التنازع المقصود بين أنواع التنازع المختلفة، بالإضافة إلى معرفة مناهج حل التنازع بين القوانين، وبعدها أبين قاعدة الإسناد المعتمدة، في البحث عن حلول قضايا التنازع بين القوانين في مسائل الأحوال الشخصية.

المبحث الأول: مفهوم نظرية تنازع القوانين

المبحث الثاني: أسباب وأنواع تنازع القوانين

المبحث الثالث: مناهج معالجة التنازع بين القوانين

المبحث الرابع: دور الموطن والأهلية والجنسية في تنازع القوانين

## المبحث الأول: مفهوم نظرية تنازع القوانين

يدل مفهوم النظرية، في الصورة الذهنية على الرأي الشخصي، أو المعاني والأحكام الفردية، التي قد يتبناها شخص معين حول قضية ما، أو مسألة ما، لذا يشترط أن تكون النظرية مرتبطة بالممارسة والعمل، ومن هنا سأبين معنى النظرية بشكل عام، ومعناها عند فقهاء الشريعة.

### المطلب الأول: تعريف النظرية

نجد في هذا المطلب، تعريف كلمة النظرية في اللغة أولاً، ثم تعريفها الاصطلاحي، وذلك من خلال كتب النظريات، ومن كتب في هذا الباب، وسيكون ذلك في الفرعين الآتيين.

### الفرع الأول: تعريف النظرية لغة

ورد في كتب اللغة معان مختلفة لكلمة نظرية بدا بالمحسوسات، وصولاً إلى ما هو معنوي، ومن أهم المعاني الواردة لهذه اللفظة ما يلي:

« النون والطاء والراء: أصلٌ صحيحٌ في لغة العرب، ترجع فروعه إلى معنى واحدٍ. هو: تأمل الشيء ومعاينته »<sup>(1)</sup>.

ومن معاني النظر: النظرُ بالعين الباصرة، وهو النظر الماديُّ المحسوس؛ ومنه قوله **عَلَيْكَ**:

﴿ **وَجُودٌ يَوْمَئِذٍ نَّاضِرَةٌ ﴿١١﴾ إِلَى رَبِّهَا نَاظِرَةٌ ﴿١٢﴾** ﴾<sup>(2)</sup>.

وقد يكون النظر بالقلب وهو شيء معنوي، كما ذكر المولى في كتابه:

قال تعالى: ﴿ **أَوَلَمْ يَنْظُرُوا فِي مَلَكُوتِ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ** ﴾<sup>(3)</sup>، قال ابن

عطية<sup>(4)</sup>، في تفسير هذه الآية: « والنظر هنا: بالقلب؛ عبرة وفكراً »<sup>(5)</sup>.

من خلال ما سبق نستخلص أن النظر قد يكون بالعين المجردة وهو شيء محسوس، ويكون بالقلب وهو أمر معنوي، ولعل المعنى الأقرب إلى النظرية هو المعنى الثاني<sup>(6)</sup>.

(1) ينظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399هـ - 1979م، ج5 ص444، (مادة نظر).

(2) الآية 21 و 22 سورة القيامة .

(3) الآية 185، من سورة الأعراف.

(4) ابن عطية: أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن تمام بن عطية الأندلسي المحاربي، مفسر فقيه، أندلسي، توفي سنة 542 هـ ينظر: السيوطي، بغية الوعاة، مطبعة السعادة، ط1، 1326هـ. ص295. ابن الأبار، المعجم في أصحاب القاضي الإمام أبي علي الصدفي، طبعة مدريد عام 1885م، ص259.

(5) ينظر: ابن عطية، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق: مجموعة من المحققين، مطبوعات وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، قطر، ط2، 1428هـ - 2007م، ج6 ص162.

(6) ينظر: محمد الفقيه، النظرية الفقهية، شبكة الألوكة، الموقع: <http://www.alukah.net> تاريخ الزيارة، 2013/06/30م..

### الفرع الثاني: تعريف النظرية اصطلاحاً

قد وَرَدَ لها عددٌ من التعريفاتِ الاصطلاحيةِ للنظريةِ في المعاجم الفلسفية، منها. هي « تصورٌ أو فرضٌ، أشبهُ بالمبدأ، له قيمةُ التعريفِ على نحوٍ ما، يتَّسم بالعمومية، وينتظم علماء، أو عدَّة علومٍ، ويُقدِّم منهجاً للبحث والتفسير، ويربط النتائج بالمبادئ»<sup>(1)</sup>. وقيل: هي « تركيبٌ عقليٌّ واسعٌ، يهدف إلى: تفسير عددٍ كبيرٍ من الظواهر، ويقبله كثيرٌ من العلماء في وقته، من جهة ما هو فرضيةٌ قريبةٌ من الحقيقة»<sup>(2)</sup>. وقيل: هي « مجموعةٌ من القضايا المُرتَّبة في نظامٍ معينٍ»<sup>(3)</sup>. من ظاهر هذه التعريفات، نستخلص أن النظرية هي عملية عقلية يتصورها العالم في ذهنه، لقضية علمية معينة، تختص بدراسة موضوع واحد من الموضوعات العلمية.

### المطلب الثاني: النظرية الفقهية

لقد أخذ علماء الفقه من احتكاكهم برجال القانون خبرة في التقسيم والترتيب، ونحواً نحوهم في رد الفروع إلى أصولها، بل وقفنوا لهذه الفروع ووضعوها في مواد قانونية، وبينوا أن الفقه غني بقواعه وضوابطه، وأن التشريع الإسلامي يصلح للتقنين، كما هو صالح للتطبيق في كل زمان وفي كل مكان، وأنه جاء ليحقق المصالح العامة، وأنه قادر قيادة الأمة إلى الحضارة على نحو ما يقود التقنين الغربي الحضارة الغربية اليوم، أو أفضل من ذلك في كل مجالات الحياة، بل يمتد الصلاح إلى الحياة الأخرى<sup>(4)</sup>.

مما يجعلنا نتساءل: هل النظريات التي حررها العلماء، يمكن بتحليلها أن نصل إلى إثبات وجود منهج خاص للتظير الفقهي؟، هذا ما نلاحظه في الفروع الآتية:

### الفرع الأول: تعريف النظرية الفقهية

لقد ورد لها عدَّة تعريفات منها:

أنها: « المفهوم العام الذي يؤلف نظاماً حقوقياً موضوعياً، تنطوي تحته جزئيات موزعة على أبواب الفقه المختلفة»<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: الحفني، عبد المنعم المعجم الفلسفي، دار ابن زيدون، بيروت، ص 297.

(2) ينظر: جميل صليبا، المعجم الفلسفي، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، 1414هـ - 1994م، ج 2 ص 447.

(3) ينظر: مراد وهبه، المعجم الفلسفي، دار قباء الحديثة، ط 4، 2007م، ص 447.

(4) ينظر: محمد بكر إسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، دار المنار، القاهرة، 1997م، ص 12.

(5) ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر دمشق، ط 3، 1433هـ - 2012م، ج 4 ص 7.

وعرفت على أنها: « مفهوم حقوقي عام، يؤلف نظاماً موضوعياً، تندرج تحته جزئيات في فروع القانون المختلفة»<sup>(1)</sup>.

أوهي: « المفهوم الكلي، الذي يدخل تحته الموضوعات المتشابهة، في الأركان، والشروط، والأحكام العامة»<sup>(2)</sup>.

نجد أن الفقهاء الذين كتبوا في النظريات الفقهية، لم تخرج تعريفاتهم عن التعريفات التي وردت في كتب المعاجم، فالنظرية الفقهية هي ذلك المفهوم الكلي العام، الذي يجمع تحته الموضوعات المتشابهة والجزئيات المتفقة في الأحكام العامة<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثاني: الفرق بين النظرية وغيرها<sup>(4)</sup>

هنا لا بد من ذكر بعض ما يميز النظرية الفقهية عن غيرها مما يتشابه معها من المصطلحات الأخرى، وهو ما سأبينه في العناصر الآتية.

### أولاً: الفرق بين النظرية العلمية والفقهية

النظرية العلمية قضية تثبت بالبرهان، وهي عبارة عن طائفة من الآراء تفسر بها بعض الوقائع العلمية أو الفنية<sup>(5)</sup>.

أو هي: «جملة تصوّرات مؤلّفة تأليفاً عقلياً تهدف إلى ربط النتائج بالمقدمات»<sup>(6)</sup>، مثل ما هو موجود في العلوم الدقيقة.

يقول الزرقا في ما معناه: خلاف النظرية الفقهية: إنها لا تتضمن حكماً فقهيًا في ذاتها، مثل نظرية الملك والبطان...، فهي تمثل على حدّ نظاماً حقوقيًا موضوعيًا منبثًا في الفقه الإسلامي، كما تنتشر الجملة العصبية في نواحي الجسم الإنساني<sup>(7)</sup>.

(1) ينظر: محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، مؤسسة الرسالة، ص 43.

(2) ينظر: يوسف قاسم، مبادئ الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، 1403هـ-1983م، ص 228.

(3) ينظر: محمد الفقيه، النظرية الفقهية، شبكة الألوكة، الموقع: <http://www.alukah.net>، تاريخ الزيارة، 2013/07/15م..

(4) ينظر: نايف الجريدان، الفرق بين القاعدة والنظرية الفقهية، الملتقى الفقهي، [www.fqhweb.com](http://www.fqhweb.com)، تاريخ الزيارة 2014/12/29م.

(5) ينظر: مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1، 1418هـ-1998م، ج1 ص 329.

(6) ينظر: محمد بكر إسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، ص 11.

(7) ينظر: مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1 ص 329.

### ثانياً: الفرق بين القاعدة والنظرية

النظرية تختلف عن القاعدة، من عدة زوايا.

1 - النظرية الفقهية، أكثر شمولية من القاعدة، وأوسع نطاقاً منها، حتى إن القاعدة تنزل إلى مراتب الضابط الفقهي، بجانب النظرية.

2 - القاعدة الفقهية تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها، ينتقل بعد ذلك إلى الفروع التي تندرج تحتها، وتدخل في نطاقها، بخلاف النظرية، فهي مفهوم عام، لا تتضمن حكماً.

3 - النظرية تشتمل على أركان وشروط، بخلاف القاعدة، فلا تشتمل على ذلك<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثالث: تعريف التنازع لغة واصطلاحاً

يعتبر التعريف اللغوي للتنازع، متصلاً بالتعريف الاصطلاحي له، في بعض المعاني المختلفة للتنازع، خاص من الناحية المعنوية، وللتوضيح أكثر، سأعرف التنازع في اللغة في الفرع الأول، ثم عرف التنازع في الاصطلاح في الفرع الثاني.

### الفرع الأول: تعريف التنازع لغةً

هو مصدر على زنة تَفَاعَلَ و التنازع: التخاصم و التجاذب، و تنازع القوم في الشيء: اختصموا، وبينهم نزاع، أي خصومة في حق<sup>(2)</sup>.

يقال: نزعه نزاعاً إذا اقتلعه، والمنازعة المجاذبة: في الأعيان والمعاني، والتنازع: التخاصم، يقال: تنازع القوم إذا اختصموا، والمنازعة في الخصومة: تجاذب الحجج<sup>(3)</sup>.

والتنازع: السلب في قوله ﷺ: ﴿وَتَنَزَعُ الْمُلْكُ مِمَّنْ تَشَاءُ﴾<sup>(4)</sup>، والتنازع

والمنازعة المجاذبة، ويعبر به عن المخاصمة والمجادلة<sup>(5)</sup>.

<sup>(1)</sup> ينظر: يعقوب الباسين، القواعد الفقهية، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1418هـ/1998م، ص 149، 150، ذكر

هذه الفروق في كتابه، وهناك بحث في هذا الموقع يتحدث عن النظرية بشكل مفصل: الموقع

<sup>(2)</sup> ينظر: محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، المكتبة الأموية، بيروت، دمشق، مادة (نزع)، ص 654، و

ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 2000م، مادة (نزع)، ج8 ص352.

<sup>(3)</sup> ينظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج5 ص415.

<sup>(4)</sup> الآية 26، من سورة آل عمران.

<sup>(5)</sup> ينظر: الراغب الأصفهاني أبو القاسم، المفردات في غريب القرآن، دار القلم، الدار الشامية دمشق بيروت،

ط1، 1412هـ، ص 488، و محمد بن يعقوب الفيروز آبادي مجد الدين، بصائر ذوي التمييز، تحقيق: محمد علي

النجار، عبد العليم الطحاوي، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، ط3، 1416هـ - 1996م، ج5 ص36.

قال ﷺ: **﴿بِإِن تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾**<sup>(1)</sup>. قيل في تفسيرها: أي تجادلتم واختلفتم، فكأن كل واحد ينتزع حجة الآخر ويذهبها. والمنازعة على ذلك: مجاذبة الحجج<sup>(2)</sup>.

وهذه المجاذبة تكون في المعاني والأعيان، فمن المنازعة في المعاني قوله ﷺ: **﴿بَلَاءٌ يُنَزِعُ عَنْكَ فِي الْأَمْرِ﴾**<sup>(3)</sup> المنازعة هنا: المجادلة، والمعنى: لا تجادلهم في أمر المناسك<sup>(4)</sup>.

ومن المنازعة في الأعيان ما جاء في الحديث الشريف: **«أَنَا فَرَطُكُمْ عَلَى الْحَوْضِ، فَلَأَلْفَيْنِ مَا نَوَزَعْتَ فِي أَحَدِكُمْ فَأَقُولُ: هَذَا مِنِّي»**<sup>(5)</sup>.

جاء في لسان العرب: أصل التزع: الجذب والقلع، وفي الحديث: **«رَأَيْتُنِي أَنْزَعُ عَلَى قَلْبِ»**<sup>(6)</sup>، معناه رأيتني في المنام أستقي بيدي من قلب، والتزاعة، والمنزعة، والمنزعة الخصومة، والتنازع في الخصومة مجاذبة الحجج فيما يتنازع فيه الخصمان<sup>(7)</sup>.

### الفرع الثاني: التنازع اصطلاحاً

عرفت المحكمة الدائمة للعدل الدولي، «النزاع أو الخلاف الدولي بأنه عدم الاتفاق حول مسألة من الواقع أو القانون»<sup>(8)</sup>، أو بمعنى آخر، الخلاف الدولي هو تعارض في الدعاوي القانونية، أو تصارع في المصالح بين شخصين من أشخاص القانون الدولي.

(1) الآية 59، من سورة النساء.

(2) ينظر: محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي أبو عبد الله، الجامع لأحكام القرآن تفسير القرطبي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، 1427هـ - 2006م، ج5 ص169.

(3) الآية 67 من سورة الحج.

(4) ينظر: القرطبي أبو عبد الله، الجامع لأحكام القرآن، ج5 ص169.

(5) ينظر: الطبراني، مسند الشاميين، تحقيق: حمدي السلفي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1409هـ-1989م، ج2 ص317 رقم الحديث (1413)، ورواه أيضاً في نفس المصدر ج2 ص311 رقم الحديث (1405).

(6) أخرجه البخاري، كتاب التعبير، باب نزاع الماء من البئر حتى يروى الناس، ج6 ص6576، رقم الحديث (6616).

(7) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج14 ص234، مادة (نزع).

(8) ينظر: محاسن إدريس الهادي، ورقة في النزاع الحزبي، شبكة الألوكة، [www.alukah.net](http://www.alukah.net)، تاريخ

الزيارة، 2013/6/30م، ص5.



ويميز أهل القانون في فقه القانون الدولي بين نوعين من المنازعات، (أو الخلافات الدولية)، المنازعات القانونية من ناحية، والمنازعات السياسية من ناحية ثانية<sup>(1)</sup>. فالنزاع الذي يوافق أطرافه على تسويته سلمياً بعرضه على التحكيم أو القضاء الدولي، هو نزاع قانوني، أما النزاع الذي لا يوافق أطرافه على تسويته بالوسيلتين السابقتين الذكر فهو يعتبر من قبيل المنازعات السياسية<sup>(2)</sup>.  
أو: « هو التجاذب بين قاضيين، أو محكمتين جهتين قضائيتين إيجاباً أو سلباً»<sup>(3)</sup>.  
ومما نستخلصه من التعريفات السابقة، أن تنازع والتدافع يتنوع بتنوع الاختصاص القضائي، فقد يكون بين قاضيين في محكمة واحدة، أو بين قاضٍ ورئيس في محكمة واحدة، أو بين محكمة وجهة قضائية أخرى، وهكذا...  
والذي يتعلق بموضوع البحث عند التنازع بين القوانين، هو الذي يكون بين طرفين أحدهما أجنبي.

### الفرع الثالث: تعريف القانون لغة واصطلاحاً

إن لكلمة قانون معاني مختلفة في كتب أهل اللغة، ولقد استعملت من طرف اللغويين قديماً وحديثاً، كما استعملها أهل الاختصاص في مختلف العلوم الدقية أو الإنسانية، ليعبروا عن مدى الترابط بين أجزاء الشيء، وتفصيل ذلك من خلال العنصرين الآتيين.

(1) ينظر: محاسن إدريس الهادي، ورقة في النزاع الحزبي، ص5.

(2) ينظر: ينظر: محاسن إدريس الهادي، ورقة في النزاع الحزبي، ص5.

(3) هذا التعريف مستخلص من المادة (398) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: « يكون ثمة تنازع في الاختصاص بين القضاة، عندما تقضي جهتان قضائيتان أو أكثر في نفس النزاع بالاختصاص أو بعدم الاختصاص». القانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429هـ، الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008م، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21 الصادرة بتاريخ 23 أبريل سنة 2008م.

### أولاً: معنى كلمة قانون

لكلمة قانون<sup>(1)</sup> مفهوم عام في مختلف العلوم، إذ يقصد بها الصلة أو الترابط العميق، الأساسي، الثابت، المنتظم، فيما بين الظواهر، أو فيما بين مختلف أوجه الظاهرة الواحدة، كقانون الجاذبية في علم الطبيعة، أو قانون العرض والطلب في علم الاقتصاد<sup>(2)</sup>. ونجد بجانب المعنى العام السابق لكلمة قانون، استعمالات أخرى في الدراسات القانونية، وذلك لتحديد غايتها ووظيفتها كمنظمة، وحاكمة للروابط الاجتماعية المتمثلة في الروابط الأسرية، والعلاقات المالية والسياسية<sup>(3)</sup>. وهو ما يعبر عنه أيضا بـ القانون الوضعي<sup>(4)</sup>، هذا المصطلح الذي يعني بدوره الصفة الإيجابية للقواعد القانونية المطبقة والمستعملة<sup>(5)</sup>.

### ثانياً: معنى القانون اصطلاحاً

يعتبر القانون علماً اجتماعياً، موضوعه الإنسان وسلوكه، ومحوره أعماله وردود أفعاله، وهدفه حكم الجماعات والأفراد، حتى لا تترك علاقاتهم بشتى نواحيها، ينظمونها وفق رغباتهم فتحدث الفوضى، لذا لا بد لكل مجتمع من نظام يحكم العلاقات ويفرض الأمان فيه، وبالتالي تعريف القانون هو: « مجموعة القواعد القانونية الملزمة، التي تضعها السلطة التشريعية بهدف

(1) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج13 ص348، إن كلمة قانون من أصل يوناني، تم تعريبها لفظاً للكلمة اليونانية (kanun) والتي تعني العصا المستقيمة. ينظر: عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، دار ربحانة للنشر الجزائر، ط1، 1998م، ص14، وأصبحت في اللغة العربية تعني مقياس كل شيء. ينظر: لويس معلوف، المنجد في اللغة والأعلام، دار المشرق، بيروت، ط28، 1986م، ص656، مادة: (قنا- قنح). وينظر: بشار بن عمر المفدى، بحث حول: موقف الشريعة الإسلامية من كلمة «القانون»، مجلة القضائية، العدد الخامس، 1434هـ.

(2) ينظر: مجموعة من الاقتصاديين، الموسوعة الاقتصادية، إعداد وتعريب: عادل المهدي و حسين الهموندي، دار ابن خلدون، بيروت، ط1، 1980م، ص380.

(3) ينظر: ينظر: عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، ص14.

(4) كلمة القانون الوضعي باللغة الأجنبية ( Le droit positif ) ومعناها: الصفة الإيجابية للقواعد القانونية المطبقة والمستعملة. ينظر: محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، الجزائر، 2007م، ص13.

(5) ينظر: أحمد سعد الغامدي، موقف الإسلام من القوانين الوضعية، موقع المسلم، الموقع: <http://www.almoslim.net> تاريخ الزيارة 2013/6/19م.

تنظيم أمر معين. فيقال مثلاً: قانون العمل، قانون السجل التجاري...»<sup>(1)</sup>. ويمكن تعريف القانون بمعناه العام: «مجموعة قواعد السلوك العامة المجردة الملزمة التي تنظم الروابط الاجتماعية في المجتمع وتقترب بجزء ما من حال وتفسر الدولة الناس على اتباعها ولو بالقوة عند الحاجة»<sup>(2)</sup>. القانون بمعناه الخاص، يعد نوعاً من أنواع القانون بمعناه العام، ويكون بصفة ملزمة تضعها السلطة التشريعية، بهدف تنظيم مجال معين من مجالات الحياة<sup>(3)</sup>. الخلاصة أن القانون، هو مجموعة القواعد، التي تنظم العلاقات المطردة بين الأفراد، والتجمعات البشرية بكل دقة، لتكون نتائجها على الجميع متساوية وثابتة ومستقرة، فتحفظ الحقوق، وتضمن الواجبات، وتفرض الأمن والأمان، بإقامة الحدود والعقوبات على الجميع دون محاباة.

### المطلب الرابع: مفهوم تنازع القوانين

إن لفظ «تنازع القوانين»، لا يعنى أن هناك تضارب بين القوانين، وإنما المقصود به أن هناك أكثر من قانون يصلح لحكم هذه العلاقة، وعلى القاضي الوطني المفاضلة بين تلك القوانين المختلفة<sup>(4)</sup>.

قد تنشأ علاقات قانونية بين أشخاص ينتمون إلى جنسيات مختلفة، هنا تظهر مشكلة التنازع بين قوانين دول عديدة المذكورة في المثال، وتبرز مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة، وهذا ما يسمى بتنازع القوانين<sup>(5)</sup>. ويتضح من ذلك أن (تنازع القوانين)، هو إمكانية تطبيق أكثر من قانون على علاقة قانونية ما.

(1) ينظر: عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، ص14.

(2) ينظر: غالب علي الدودي، المدخل إلى علم القانون، دار وائل للنشر، عمان، ط7، 2004م، ص10.

(3) ينظر: عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، ص14.

(4) ينظر: بليغ حمدي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، المستوى الرابع-فصل دراسي ثاني، كلية الحقوق، جامعة طنطا، ص99.

(5) ينظر: توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية القسم الأول النظرية العامة للقانون، مطبعة الدار الجامعية، بيروت، 1993م، ص305.

وأول من استعمل مصطلح تنازع القوانين الفقيه الهولندي (هوبر)،<sup>(1)</sup> وتعود بدايات هذا الموضوع إلى منتصف القرن الثالث عشر الميلادي، وذلك في مدن شمال إيطاليا وكان سبب ظهوره، ثلاثة عوامل مختلفة، وهي:

- العامل السياسي، حيث كانت هذه المدن تتمتع باستقلال نسبي.
- العامل القانوني، وجود اختلاف بين قوانين هذه المدن.
- العامل الاقتصادي، يتمثل بازدهار التجارة بين أفراد هذه المدن.

مما أفضى ذلك إلى نشوء علاقات قانونية متنوعة، أثير جدل بشأن القانون الذي يحكمها، بمناسبة علاقات تخص أشخاص تابعين لمدينتها<sup>(2)</sup>.

وبذلك يكون التنازع عبارة عن مفاضلة يجريها المشرع الوطني، عبر قواعد التنازع لاختيار أفضل القوانين، وأكثرها ملائمة لحكم العلاقة، وهذه المفاضلة تقتضي التخلي عن أحد القوانين لحساب قوانين أخرى، تحقيقاً للعدالة<sup>(3)</sup>.

والتسمية الغالبة والأكثر تداولاً عند المختصين هي كلمة التنازع بين القوانين وهي من أهم مواضيع القانون الدولي الخاص<sup>(4)</sup>.

وقد فضل المشرع الجزائري استعمال مصطلح تنازع القوانين، وذلك في المادة (23 مكرر2) من القانون المدني الجزائري بعد تعديلها بموجب الأمر 05-10 والتي نصت على: «تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص، فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين»<sup>(5)</sup>.

<sup>(1)</sup> ينظر: عبد الرسول عبد الرضا جابر شوكة، محاضرة بعنوان: تنازع القوانين، (التعريف به، شروطه، أنواعه)، شبكة جامعة بابل، كلية الحقوق، الموقع <http://www.uobabylon.edu.iq>، تاريخ الزيارة 2013/6/29م.

<sup>(2)</sup> ينظر: عبد الرسول عبد الرضا، محاضرة بعنوان: تنازع القوانين، جامعة بابل، الموقع، <http://www.uobabylon.edu.iq> تاريخ الزيارة 2013/6/29م.

<sup>(3)</sup> ينظر: عبد الرسول عبد الرضا، محاضرة بعنوان: تنازع القوانين، جامعة بابل، الموقع،

<http://www.uobabylon.edu.iq> تاريخ الزيارة 2013/6/29م.

<sup>(4)</sup> ينظر: عبد الرسول عبد الرضا، محاضرة بعنوان: تنازع القوانين، جامعة بابل، الموقع،

<http://www.uobabylon.edu.iq> تاريخ الزيارة 2013/6/29م.

<sup>(5)</sup> الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ، الموافق ل 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم. بموجب الأمر 05-10، المؤرخ في 13/5/2007م.

كما كان هذا موقف جميع التشريعات العربية من خلال استعمال اللفظة في قوانينها<sup>(1)</sup>.

### **المطلب الخامس: التطور التاريخي لتنازع القوانين**

إن نظرية تنازع القوانين حديثة مقارنة مع غيرها، وحتى نكون أمام تنازع بين القوانين، يجب توفر العنصر الأجنبي، وتعود جذور نظرية تنازع القوانين، إلى إيطاليا، في القرنين الثالث عشر، والرابع عشر الميلادي، و ساهمت المدرسة الإيطالية بصفة فعالة، في إعداد نظرية تنازع القوانين، ثم جاءت بعدها المدرسة الفرنسية، وأكملت النقائص التي كانت تتضمنها المدرسة الإيطالية، فما هو مضمون هذه النظريات؟، و ما هي الأدوار التي لعبتها في ظهور نظرية تنازع القوانين؟، وهو ما سأبسط القول ببيانه في الفرع الآتية<sup>(2)</sup>.

### **الفرع الأول: النظريات القديمة**

لقد ظهرت النظريات القديمة بشكل مدارس في فرنسا، وإيطاليا، وهولندا، وكان أهم ما تدعوا إليه هذه النظريات، هي إيجاد حل وسط يطبق فيه كل من مبدأ شخصية القوانين المطلق، وإقليمية القوانين المطلق، بصورة نسبية، بحيث يعم نفعه على الجميع، ومن أهم هذه النظريات ما يلي<sup>(3)</sup>.

### **أولاً: نظرية الأحوال الإيطالية (مدرسة الحواشي)**

نتج عن استقلال المدن الإيطالية وازدهار التجارة فيها، أن ظهرت النزاعات التي تكون بين أفراد ينتمون إلى عدة مدن، تتمتع بقانون خاص يحكمها، حاول الفقه الإيطالي البحث عن الحلول التي تكون عالمية صالحة، لحل تنازع أيا كان مكانه. ومن أهم ما جاءت به هذه المدرسة ما يلي:

1- على القاضي أن يطبق قانونه بالنسبة للإجراءات الواجبة الإتباع عند عرض النزاع عليه،

(1) ينظر: عبد الرسول عبد الرضا جابر شوكة، محاضرة بعنوان: تنازع القوانين، جامعة بابل، الموقع، <http://www.uobabylon.edu.iq> تاريخ الزيارة 2013/6/29م.

(2) ينظر: عبد الرسول عبد الرضا جابر شوكة، محاضرة بعنوان: تنازع القوانين، جامعة بابل، الموقع، جامعة بابل، الموقع <http://www.uobabylon.edu.iq>، تاريخ الزيارة 2013/6/29م.

(3) ينظر: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، منتدى الحقوق والعلوم القانونية، الموقع: <http://www.droit-dz.com> ، تاريخ الزيارة 2013/6/29م

- ويطبق قانون المحل على القواعد الموضوعية<sup>(1)</sup>.
- 2- نادوا بخضوع العقد إلى قانون المكان الذي ابرم فيه، ثم بعد ذلك أصبح يخضع من حيث الشكل إلى قاعدة (لوكيس)<sup>(2)</sup>، التي تعين قاعدة محل إبرامه، ومن حيث موضوعه إلى قانون الإرادة، كما اخضعوا المال لقانون موقعه<sup>(3)</sup>.
- 3- وفي مجال الجرائم نادوا بإخضاعها إلى قانون البلد الذي أنشأت فيه.
- 4- يعود لها الفضل أيضا في وضع الملامح لقاعدة النظام، وذلك بالترقية بين الأحوال الملائمة، والأحوال المستهجنة، حيث يجوز عدم تطبيق القانون الأجنبي عندما تكون الأحوال مستهجنة، وهو ما يعرف في التشريعات المدنية بالنظام العام<sup>(4)</sup>.

### ثانيا: نظرية الأحوال الفرنسية

قام علماء القانون الفرنسي بدور كبير، في مجال تطوير قواعد القانون الدولي الخاص، سواء من الذين سبقوا أو من المتأخرين، ونجد منهم.

– الفقيه (داجنتريه) وضع مبدأ إقليمية القوانين، حيث قسم القوانين إلى عينية و أخرى شخصية، وعليه فإن كل الأموال الموجودة فوق الإقليم يطبق عليها قانون الدولة الموجود بها المال.

<sup>(1)</sup> ينظر: غالب علي الداودي و حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، (الجنسية، الموطن، مركز الأجنبي) ج1، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، ص41، 42.

<sup>(2)</sup> قاعدة (لوكيس): اقتضت القاعدة على الشكل الخارجي للتصرف وأخذت بها أغلب تشريعات العالم خاصة بما يتعلق بالأحوال الشخصية، ولقد أخذ القانون الجزائري كغيره من القوانين العربية باعتبار هذه القاعدة اختيارية نصت المادة (19) من القانون المدني على ما يلي: «تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أن تخضع للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين». ينظر: محمد زعرب، القانون الواجب التطبيق على شكل العقد الدولي، وتطبيقه على عقد الزواج المختلط، رسالة ما جستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، سنة 1434هـ-2013م، ص22 وما بعدها.

<sup>(3)</sup> ينظر: غالب علي الداودي و حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج1، ص41.

<sup>(4)</sup> النظام العام: لم يعرف المشرع الجزائري – على غرار غيره من المشرعين – النظام العام، و لم يحدد فكرته بل ترك ذلك للفقهاء والقضاء، بالرغم ما لهذه الفكرة من أهمية كبرى، و قد اكتفى الشراح بتقريبها من الأذهان بقولهم: « إن النظام العام هو الأساس السياسي و الاجتماعي و الاقتصادي و الخلفي الذي يسود المجتمع في وقت من الأوقات». ينظر: دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، ص134.

أما القوانين الشخصية فإنها تطبق على الأشخاص، ولو كانوا مقيمين في دولة أخرى عندما يتعلق الأمر بحالتهم الشخصية وأهليتهم، وإلى هذا نحت معظم التشريعات<sup>(1)</sup>.  
- الفقيه (ديمولان) يعتبر سابقا إلى وضع فكرة التكييف<sup>(2)</sup>، والذي بدوره أعتبر النظام المالي للزوجين عقد ضمنى، فهو يخضع للقانون الذي يختاره الزوجان، وهو قانون موطنهما وقت إبرام عقد الزواج<sup>(3)</sup>.

### ثالثا: نظرية الأحوال الهولندية

تعتبر المدرسة الهولندية، من المدارس الفقهية التي كان لها دور كبير في تطوير قواعد القانون الدولي الخاص، في عدة مجالات يمكن ذكر البعض منها في ما يلي:

#### 1- مبدأ المجاملة الدولية

أدركت الدول التي أخذت بمبدأ إقليمية القوانين على إطلاقه، أن رعاياها سوف تسوء معاملتهم من طرف الدول الأخرى، لذلك تراجعت هذه الدول وقبلت بتطبيق القوانين الأجنبية، من باب المجاملة بين الدول.

ورأوا أن القانون الأجنبي يطبق في حالات معينة من بينها:

- أهلية الشخص، فإنه يطبق عليه قانون موطنه.

- أما المال المتمثل في العقارات، يخضع لقانون موقعه<sup>(4)</sup>.

#### 2- تنازع القوانين

إن أول من سمي تنازع القوانين بهذا المصطلح، الذي صار شائعا بين رجال القانون، هو الفقه الهولندي، حيث وضع مفهوم التنازع بين قوانين الدول، وليس بين أنظمة المدن، كما

(1) ينظر: ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص، الأردني و المقارن، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 2005م، ص254.

(2) التكييف: هو تحليل للوقائع و التصرفات القانونية تمهيدا لإعطائها وصفها الحق، و وضعها في المكان الملائم من بين التقسيمات السائدة في فرع معين من فروع القانون، المزيد من التفصيل في البحث، ينظر: هشام صادق علي- حفيفة السيد الحداد- القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط1، 2008م، ص53.

(3) ينظر: غالب علي الداودي و حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج1، ص42.

(4) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الزيتونة للإعلام والنشر، ص55.

عرفه الايطاليون، أو بين الأعراف كما فعل الفرنسيون، أي أن التنازع لم يعد بين المدن ولا بين الأعراف، بل بين القوانين<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: النظريات الحديثة

تتمثل هذه النظريات في النظريات الألمانية، والنظريات الإيطالية، حيث تعتبر هذه النظريات امتدادا للمدرسة الهولندية، وتطويرا لها، مما أدى إلى ظهور نظريات جديدة في مجال التنازع بين القوانين، خلال القرن الثامن عشر والتاسع عشر الميلادي<sup>(2)</sup>، وهذا في مايلي:

#### أولا: النظريات الألمانية

من أهم رواد هذه المدرسة في ألمانيا نجد:

##### أ- نظرية (واغجر)

ذهب إلى القول أنه على القاضي، عندما ينظر في قضية تحتوي على عنصر أجنبي، عليه أن يحلها وفق ما تنص عليه قواعد التنازع في قانونه الوطني، فإذا لم يوجد حكم صريح في قانونه الوطني، عليه أن يحلها وفقا لما يستخلصه من روح نصوص قانونه الوطني<sup>(3)</sup>.

والنقد الموجه لهذه النظرية، أنها تلزم القاضي بحل النزاع الذي يحتوي على العنصر الأجنبي، وفق قانونه الوطني في جميع الحالات، وإبعاد التطبيق القانون الأجنبي، والعودة إلى مبدأ إقليمية القانون المطلق، ولهذا السبب اعتبر (واغجر) من أنصار مبدأ إقليمية القانون<sup>(4)</sup>.

##### ب- نظرية (سافنر)

أشار سافنر في نظريته، أنه في حال تنازع القوانين، إذا كان قانون القاضي يحتوي على قواعد خاصة لحل التنازع، يجب تطبيق تلك الأحكام، وفي حال انعدام القانون الواجب تطبيقه لحل التنازع، يجب تطبيق قانون محل إبرام التصرف القانوني، بالنسبة لكافة العلاقات القانونية، ماعدا الأهلية التي يجب إخضاعها لقانون الموطن، أما بالنسبة للأموال فيجب

<sup>(1)</sup> ينظر: غالب علي الداودي و حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج1، ص43.

<sup>(2)</sup> ينظر: غالب علي الداودي و حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج1، ص44.

<sup>(3)</sup> ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر، ص57

<sup>(4)</sup> ينظر: بحث بعنوان: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، منتدى الحقوق والعلوم القانونية، الموقع

<http://www.droit-dz.com>، تاريخ الزيارة 2014/6/09م.



إخضاعها لقانون محل وجودها<sup>(1)</sup>.

النقد الموجه لهذه النظرية، أنه لا يمكن في أغلب الحالات تحديد مكان إجراء التصرف القانوني، كما أنها لم توضح المقصود بمكان العلاقات القانونية<sup>(2)</sup>.  
ج- نظرية (سافيني)

مخلص هذه النظرية، أنه اعتمد هذا الفقيه على فكرة مفادها، أن كل الدول الغربية باعتبارها وارثة للقانون الروماني، تعتبر مرتبطة فيما بينها برباط يساعد في تسهيل تطبيق قوانين بعضها، وقد ازداد هذا الرباط قوة ومتانة بفضل الديانة المسيحية، وبذلك توجد قواعد مشتركة تسمح بالوصول إلى حلول موحدة، بغض النظر عن المكان المعروض فيه النزاع، فقد حلل الروابط القانونية لإسناد كل منها إلى قانون معين حسب طبيعتها، وبذلك توصل إلى الحلول الآتية<sup>(3)</sup>:

1- يطبق على الشخص فيما يتعلق بأهليته وحالته قانون موطنه، على أساس أن مقر الشخص هو موطنه؛ لأنه أراد الاستقرار فيه.

2- يطبق على العلاقات المتعلقة بالمال، قانون موقع المال سواء أكان منقول أو عقارا.

3- إخضاع الالتزامات التعاقدية، لقانون مكان تنفيذ هذا الأخير على أساس أنه المظهر المرئي، الذي يمكن أن يرتبط به الالتزام؛ لأن هذا الأخير شيء غير محسوس، وبالتالي ينبغي البحث عن مظهر ملموس يمكن أن يرتبط به<sup>(4)</sup>.

الانتقاد الموجه إلى فكرة الخضوع الإرادي، يسند إلى الأشخاص إرادة معينة، في حين أنه يمكن أن تكون لهم إرادة مغايرة، افتراض انصراف إرادة المتعاقدين إلى قانون محل التنفيذ ليس مؤكدا، إذ من الجائز أن تكون إرادتهما انصرفت إلى قانون آخر<sup>(5)</sup>.

أما الانتقاد الموجه إلى فكرة الاشتراك القانوني، التي كانت نقطة الانطلاق للفقيه في تنازع

(1) ينظر: غالب علي الداودي و حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج1، ص 45.

(2) ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص 59.

(3) ينظر: غالب علي الداودي و حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج1، ص 45، 46.

(4) ينظر: حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط2، 1997م، عمان، ص 44.

(5) ينظر: غالب علي الداودي و حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج1، ص 45، 46.

القوانين، فهي فكرة قد كذبها الواقع، تطور التجارة الدولية، وحركة انتقال الأشخاص من دولة لأخرى، قد جعل فكرة الاشتراك القانوني فكرة مهجورة؛ لأن الدول أصبحت تقبل على إقليمها تطبيق قوانين على دول أخرى، لا يوجد اشتراك قانوني معها<sup>(1)</sup>.

د- نظرية (هاوس)

تقول هذه النظرية، على القاضي البحث عن القانون المختار؛ أي الذي اختاره أطراف العلاقة، عند الفصل في القضايا المتنازع عليها، فإن تعذر تحديد هذا القانون، عليه تطبيق قواعد التنازع في قانونه الوطني، وإذا لم يوجد يجب عليه أن يطبق قانون الموطن أو قانون مكان وجود المال<sup>(2)</sup>.

مما يؤخذ على هذه النظرية، أنها جعلت إرادة الأطراف ذات العلاقة فوق القانون، بالإضافة إلى أنها تجعل البحث، في إرادة أطراف النزاع مشكلة قائمة بحد ذاتها<sup>(3)</sup>.

### ثانياً: النظريات الإيطالية الحديثة

إن تحديد قواعد التنازع في ألمانيا، جعل الفقه في إيطاليا يسعى لتطوير أسس تنازع القوانين، خاصة أن الدولة حينها كانت تعيش مظاهر قيام الوحدة السياسية، حيث ظهرت فيها نظريات حديثة أهمها نظرية مانشيني، فما هي هذه النظرية؟.

أ- فقه (مانشيني)

أسست هذه النظرية على مبدأ شخصية القوانين، أي: الشخص يجب أن يخضع لقانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيتها، سواء كان داخل إقليمها أو خارجه، وقد أقام فقه تنازع القوانين على أساس ما سماه بمبدأ «الجنسيات»، ومؤداها أن الدول ينبغي أن تكون عبارة عن مجموعة من الأشخاص، تجمعهم وحدة الأصل والدين واللغة، وينبغي أن يكون قانون كل دولة مستمد من عاداتها وتقاليدها، ووفقاً لذلك تبنى مبدأ شخصية القوانين، وجعله هو الأصل لكن ليس على إطلاقه في أخذه بهذا المبدأ<sup>(4)</sup>.

حيث هناك جملة من الاستثناءات:

<sup>(1)</sup> ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين)، ص 63.

<sup>(2)</sup> ينظر: غالب علي الداودي و حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج 1، ص 47.

<sup>(3)</sup> ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص 58.

<sup>(4)</sup> ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين)، ص 59.

- قانون الإرادة، هو القانون الواجب التطبيق على العقود من حيث موضوعها، إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة في العقود<sup>(1)</sup>.

- القانون المحلي هو البلد الذي تم فيه التصرف.  
القوانين المتعلقة بالنظام العام، يطبق عليها مبدأ إقليمية القوانين، فتسري على كل من في الإقليم من وطنيين وأجانب، على حد سواء؛ لكنه تعرض للعديد من الانتقادات على أساس كثرة الاستثناءات التي أدخلها على المبدأ ذاته<sup>(2)</sup>.

### ثالثاً: النظريات الفرنسية الحديثة

أ - نظرية (بليه)

إن تنازع القوانين ما هو إلا تنازع بين السيادة؛ لأن الأمر يتعلق ببيان إلى أي حد يمكن أن تنحني سيادة دولة ما، أمام سيادة دولة أخرى، وذلك لما تقبل بتطبيق قوانين هذه الأخيرة على أراضيها، لكن لما كان قانون كل دولة يعبر عن مظاهر سيادتها، فإنه ينبغي لذلك أن يتمتع بخاصيتين وهما:

- خاصية الدوام، يتبع قانون الأشخاص والأموال الخاضعة له، من يوم إصداره إلى يوم إلغائه.  
- خاصية العموم، بفضلها يطبق القانون على كافة الأشخاص، وكافة الأموال على إقليم الدولة<sup>(3)</sup>.

وبالتالي كان لا بد من تقسيم القوانين إلى مجموعتين:

1- مجموعة ممتدة: تحتفظ بخاصية الدوام، دون خاصية العموم، فتطبق على الوطنيين حتى ولو كانوا في الخارج؛ لكنها لا تطبق على الأجانب داخل الإقليم.

2- مجموعة إقليمية التطبيق: تحتفظ بخاصية العموم، دون خاصية الدوام، فتطبق على كل من في الإقليم من وطنيين وأجانب؛ لكنها لا تمتد لخارجه حتى بالنسبة للوطنيين.

وبالتالي ينبغي لتحديد الخاصية التي تتنازل عنها، بالنسبة لكل قانون، النظر إلى الهدف الذي أراد المشرع تحقيقه، فإن كان هدفه حماية الفرد تنازل عن خاصية العموم، وإن كان

<sup>(1)</sup> ينظر: غالب علي الداودي و حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج1، ص47.

<sup>(2)</sup> ينظر: غالب علي الداودي و حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج1، ص47،48.

<sup>(3)</sup> ينظر: حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين)، ص47.

هدفه حماية المجتمع، تنازل عن خاصية الدوام<sup>(1)</sup>.

لكن هذا الفقه تعرض للانتقاد، على أساس اعتبار تنازع القوانين بين الدول، في حين أن موضوعه الأساسي هو العلاقات الفردية الخاصة، كذلك تقسيمه القوانين إلى الممتدة و الإقليمية بحسب هدفها، فهي ممتدة إذا كانت ترمي لتحقيق المصلحة الفردية، وإقليمية إذا كانت ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة، في حين أن القوانين كلها ترمي لحماية الجماعة، مما يجعل من الصعب تصنيفها<sup>(2)</sup>.

نستخلص من خلال دراسة التطور التاريخي لتنازع القوانين، نجد أن هذه المدارس الفقهية، قد لعبت دورا هاما في توضيح نشأة النظرية ومراحل تطورها، لذلك لا يمكن للقضاء أن يستغني عن هذا الجانب، خاصة عند البحث عن الحلول العادلة لأحكامه، و لا يمكن للمشرع أن يفض الطرف عن هذه النظريات، خاصة عند إعداد أو إصدار تشريعاته، سواء في الماضي أو الحاضر، وحتى في المستقبل<sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين)، ص 64، 65.

<sup>(2)</sup> ينظر: حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين)، ص 47.

<sup>(3)</sup> ينظر: غالب علي الداودي و حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج 1، ص 51. وينظر: بحث

بعنوان: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، منتدى الحقوق والعلوم القانونية، الموقع <http://www.droit-dz.com>، تاريخ الزيارة 2013/6/29م.

## المبحث الثاني: أسباب وأنواع تنازع القوانين

إن قيام التنازع بين القوانين، لم ينشأ من العدم، بل له أسباب ومبررات، منها اختلاف الأنظمة القانونية للدول وتعددتها، بالإضافة إلى استقلالية الدول واعتدادها بذلك، إلى غير ذلك من الأسباب، وهنا لا بد من التطرق إلى معرفة هذه الأسباب، وهو ما سأبينه بشكل مفصل في المطالب الآتية.

### المطلب الأول: أسباب تنازع القوانين

سأتناول بالبحث في هذا المطلب، أهم أسباب ظهور التنازع بين القوانين، وهي السيادة، التي تمنح الدول الحق في تطبيق قوانينها على أراضيها، والأشخاص الذين ينتمون إليها، كما يرجع التنازع إلى اختلاف الأحكام والنظم القانونية<sup>(1)</sup>.

### الفرع الأول: سيادة الدولة

تتميز فكرة السيادة<sup>(2)</sup>، بأنها فكرة حديثة متداخلة، بمعنى أنه يمكن مواجهتها من جهة القانون الداخلي، كما يمكن مواجهتها من جهة القانون الدولي.

### أولاً: نشأة مبدأ السيادة

السيادة بمفهومها المعاصر، فكرة حديثة نسبياً مرت بظروف تاريخية، حيث كان السائد أن الملك أو الحاكم، يملك حق السيادة بمفرده، ثم انتقلت إلى الفلاسفة، ليصوغوا منها نظرية

(1) ينظر: لعامة، أنواع وشروط تنازع القوانين، مدونة القانون الجديد، الموقع: <http://kanoundjadid.blogspot.com> تاريخ

الزيارة 2014/07/29م

(2) تعريف السيادة لغة: من سود، وتدل على المُقدم على غيره جاهًا أو مكانة أو منزلة أو غلبة وقوة ورأيًا وأمرًا، يقال: فلان سيّد قومه إذا أُريد به الحال، وسائِدٌ إذا أُريد به الاستقبال، والجمع سَادَة. ينظر: الرازي، مختار الصحاح، ص134، مادة: (سَوَد).

السيادة اصطلاحاً: فقد تعددت معانيها، ومرجع هذا التعدد أسباب مختلفة أهمها، تعدد أركان الدولة الشعب، والإقليم «الأرض»، والسلطة «التشريعية والتنفيذية والقضائية»، والتي ترتبط بها السيادة ارتباطها وثيقاً. ينظر: مجمع اللغة العربية، معجم القانون، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، 1420هـ-1990م، ص637، وهي: «السلطة العليا التي لانعرف فيما تنظم من علاقات سلطة عليا أخرى إلى جانبها»، ينظر: محمد أحمد مفتي، سامي صالح الوكيل، السيادة وثبات الأحكام، في النظرية السياسية الإسلامية، سلسلة بحوث الدراسات الإسلامية (13)، مركز بحوث الدراسات الإسلامية، مكة المكرمة، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، ص10.

السيادة في القرن الخامس عشر تقريباً<sup>(1)</sup>.

وقد حل محل كلمة السيادة في العصر الحديث، لفظ استقلال الدولة، أو ما يعرف بظاهرة الحدود<sup>(2)</sup>، وبالتالي الظروف التي نشأت بسببها نظرية السيادة، هل هي كالظروف التي مرت بها الدولة الإسلامية، لذلك نجد من يقول أنه لا يمكننا أن نأتي بتلك النظريات، ونطبقها كما هي على الدولة الإسلامية<sup>(3)</sup>.

### ثانياً: السيادة في الدولة الإسلامية

إن السيادة في الدولة الإسلامية، هي للأمة، واستدل القائلين بهذا الرأي بنصوص من القرآن، خاصة تلك النصوص التي تخاطب الأمة بمجموعها، والآيات التي تدعوا إلى التشاور، والأخذ بمبدأ الشورى المذكور في القرآن الكريم<sup>(4)</sup>.

وما يمكن استخلاصه من هذا الرأي، أن الأمة هي مصدر التشريع، وأنه لها الحق في كل قرار تتخذه، لن الناظر في نصوص الوحيين، أن الإطار العام قد حدد وأن تصرفات العباد سواء كانت من الحكام أو المحكومين، تخضع لسultan الشريعة الإسلامية، فلا يجوز إلغائها أو التصويت عليها أو التعديل منها<sup>(5)</sup>.

يقول الله ﷻ: ﴿إِنِ الْحُكْمُ لِلَّهِ يَفُصِّ الْحَقَّ وَهُوَ خَيْرُ الْبَصَلِينَ﴾<sup>(6)</sup>،

وقال تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا

(1) ارتبطت فكرة السيادة بالمفكر الفرنسي (جان بودان) الذي أخرج سنة 1577م كتابه: الكتب الستة للجمهورية، وتضمن نظرية السيادة. ينظر: حامد سلطان، أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، 1998م، ص 123.

(2) ينظر: مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص (2)، تنازع القوانين، منشورات جامعة حلب، كلية الحقوق، ص 27.

(3) ينظر: وهبة الزحيلي، العلاقات الدولية في الإسلام مقارنة بالقانون الدولي الحديث، دار المكتبي، دمشق، سوريا، ط 1، 1420هـ، 2000م، ص 118.

(4) ينظر: زياد بن عابد المشوخي، السيادة مفهومها ونشأتها ومظاهرها، مقال: منشور في موقع صيد الفوائد، الموقع <http://www.saaaid.net>، تاريخ الزيارة 2013/07/21م.

(5) ينظر: زياد بن عابد المشوخي، السيادة مفهومها ونشأتها ومظاهرها، مقال: منشور في موقع صيد الفوائد، <http://www.saaaid.net>.

(6) الآية 58، من سورة الأنعام.

أَنْ تَكُونَ لَهُمُ الْخَيْرَةَ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا»<sup>(1)</sup>، ويقول سبحانه: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا»<sup>(2)</sup>، وقال ﷺ: «السَّيِّدُ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى»<sup>(3)</sup>.

كل هذه الآيات وغيرها تصرح أن السيادة لله، وهو المشرع وحده والكتاب هو المهيمن، والأمة تستلهم سيادتها وعزتها من كتاب ربها وسنة نبيه، بالالتزام بالأحكام وتنفيذها، ولا يجوز توقيف هذه الأحكام أو تعطيلها.

أما اختيار من يحكم فهو أمر شورى بين المسلمين، وفق ما حددته النصوص.

إن نظرية السيادة في الإسلام، ليس لها الطابع السليبي الذي عُرفت به نظرية السيادة بوجه عام؛ لكون الدولة الإسلامية، لا سيادة فيها على الأمة لفرد أو طائفة، والأساس الذي تبني عليه نظامها، هو كتاب الله ﷻ وسنة رسوله ﷺ، وبهذا تتجاوز نظرية السيادة في الإسلام التناقض، الذي وقعت فيه نظرية السيادة الغربية<sup>(4)</sup>.

(1) الآية 36، من سورة الأحزاب.

(2) الآية 58، من سورة النساء.

(3) أخرجه أبو داود، كتاب الأدب، باب في كراهية التمداح، رقم الحديث (4806)، قال الألباني في صحيح سنن أبي داود، ج3 ص180 صحيح، قال في عون المعبود، ج13 ص112: إسناده صحيح، والمعنى: أي هو الحقيق بهذا الاسم، والذي تحق له السيادة المالك لتواصي الخلق، وهذا لا ينافي سيادته ﷻ المجازية الإضافية المخصوصة بالأفراد الإنسانية.

(4) ينظر: زياد بن عابد المشوخي، السيادة مفهومها ونشأتها ومظاهرها، مقال: منشور في موقع صيد الفوائد،

<http://www.saaaid.net> تاريخ الزيارة: 2014/6/29 م.

و سعد بن مطر العتيبي، سيادة الشريعة: من المعلوم من دين الإسلام بالضرورة، شبكة الألوكة،

[www.alukah.net](http://www.alukah.net)، تاريخ الزيارة 2014/6/29 م.

### ثالثاً: السيادة وتنازع القوانين

إن من طموح الدول، أنها لا تقف عند تطبيق قوانينها على جميع الأشخاص والأموال، والعلاقات القانونية في إقليمها فحسب، بل تريد أن تمتد في تطبيقها حتى خارج إقليم الدولة، خاصة على رعاياها، في تلاحقهم بقوانينها حيث حلوا أينما ارتحلوا. وإذا تمسكت الدولة بهذا المبدأ، فإنه سوف تطبق قوانينها الوطنية على جميع الأشخاص والأموال، والعلاقات القانونية في إقليمها دون استثناء، وعلى رعاياها وتصرفاتهم القانونية في الخارج كذلك، فينشأ عن ذلك تنازع القوانين<sup>(1)</sup>.  
وعليه يمكن تجنب تنازع القوانين، وذلك بعدم إصرار الدول في العلاقات القانونية، المشوبة بعنصر أجنبي على وجهة نظرها، القاضية بتطبيق قوانينها الوطنية على جميع الأشخاص، والقضايا في إقليمها، وأن تتساهل قليلاً في موقفها بقبول استثناءات على مبدأ السيادة المطلقة<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: وجود قواعد قانونية متباينة

لا يمكن قيام التنازع بين القوانين إلا إذا كانت القواعد القانونية المنظمة للعلاقة ذات العنصر الأجنبي، مختلفة بين الدول؛ لأنه لو كانت القوانين متماثلة ولا يوجد اختلاف بينها، فلامجال لقيام التنازع بين القوانين<sup>(3)</sup>.  
ومن أمثلة التي تذكر في هذا الباب، امتناع المحاكم في الدول الغربية عن تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية، عند طلاق المسلم، أو بالنسبة عند تعدد الزوجات<sup>(4)</sup>.  
غير أن أحكام الشريعة الإسلامية لا يوجد فيها تباين، حتى يكون هناك تنازع فيما بينها، ويقول في هذا الصدد عبد القادر عودة ما يلي:  
«إن الشريعة الإسلامية لم تنشأ هذه النشأة، ولم تسر في هذا الطريق، فلم تكن الشريعة

(1) ينظر: حسن الهداوي، غالب الدودي، المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني، مطبعة الروزنا، اربد، ط3، 1995م، ص206.

(2) ينظر: حسن الهداوي، غالب الدودي، المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني، ص206.

(3) ينظر: مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص (2)، تنازع القوانين، ص26.

(4) ينظر: مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص (2)، تنازع القوانين، ص26.



قواعد قليلة ثم كثرت، ولا مبادئ متفرقة ثم تجمعت، ولا نظريات أولية ثم تهذبت»<sup>(1)</sup>.  
وقد صيغت الشريعة بحيث لا يؤثر عليها مرور الزمن، ولا يقتضي تغيير قواعدها العامة، ونظرياتها الأساسية، جاءت نصوصها من العموم والمرونة، بحيث تحكم كل حالة جديدة، ولو لم يكن في الإمكان توقعها، ومن ثم كانت نصوص الشريعة غير قابلة للتغيير والتبديل، كما تتغير نصوص القوانين الوضعية وتُتَمَّم<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني: شروط قيام تنازع القوانين

لقيام التنازع بين القوانين لابد من توافر الشروط الآتية: وجود علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي، وأن يكون التنازع بين قوانين دول ذات سيادة، وأن هذه القوانين تتصف بالخصوصية، ويسمح الدولة تطبيق القانوني الأجنبي على أرضها، وغيرها من الشروط، وهذا ما سوف أبسط القول فيه في الفروع الآتية.

### الفرع الأول: وجود علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي

و معنى ذلك: أن العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي تتمثل في<sup>(3)</sup>:

- أشخاص العلاقة، مثال: جزائري يتزوج بفرنسية على إقليم أجنبي.
- موضوع العلاقة: المقصود بموضوع العلاقة، و هو المحل الذي ينصب عليه التصرف، أو تقع عليه الواقعة القانونية، موقع العقار، مكان وجود المنقول، مثال: نزاع بين شخص جزائري و شخص تونسي، حول قطعة أرض موجودة في سوريا.
- السبب المنشئ للعلاقة القانونية، وهي الواقعة التي تؤدي إلى نشوء الحق سواء كان تصرف قانوني، أو واقعة مادية.
- التصرف القانوني: هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء، أم نقل أم تعديل أم إنهاء حق من الحقوق، من جانب واحد مثل الوصية أو من جانبين مثل البيع، والإرادة هي قوام التصرف القانوني.
- الواقعة القانوني التي من فعل الإنسان: هي الأعمال المادية التي تصدر عن الإنسان تترتب

(1) ينظر: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط8، 1406هـ-1986م، ج1 ص 15.

(2) ينظر: يوسف القرزاوي، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مكتبة وهبة، القاهرة، ط5، 1426هـ-2005م، ص243-248.

(3) ينظر: حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، ص 16-19.

عليها آثارا قانونية، بصرف النظر عن نية من صدرت عنه، كالفعل النافع (الإثراء بلا سبب)، يرتب القانون عليها آثارا قانونية مؤداها إنشاء الحقوق<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: التنازع يكون بين قوانين دول ذات سيادة

لكي نكون أمام التنازع بين القوانين، يجب أن يكون بين قوانين دول ذات سيادة، كالتنازع بين القانون المدني الجزائري، والقانون المدني المغربي، ولكن دون اشتراط أن تكون هذه الدول مستقلة ومعترفا بها<sup>(2)</sup>.

على الرغم من أن مسألة الاعتراف، قد تغيرت اليوم أصبحت من أمور السياسة، إلا أن هذا الشرط يفرض نفسه من الناحية العملية؛ لعدم تصور اعتراف أية دولة بالتنازع الحاصل بين قوانينها، وقوانين دولة أخرى لا تعترف بها، أو تعتبر من أعدائها<sup>(3)</sup>.

كما أنه لا يعترف بالتنازع الداخلي، الذي ينشأ بين قوانين ولايات دولة متحدة إتحادا فدراليا، كما في الإمارات العربية المتحدة، وسويسرا وكندا...، فتنازع قوانين إمارة الشارقة، مع قوانين إمارة دبي، في الإمارات المتحدة يعتبر تنازعا داخليا للقوانين لا دوليا، أما التنازع بين قوانين إمارة الشارقة، والقانون القطري، يعد تنازعا دوليا للقوانين بين القانون الإماراتي والقانون القطري<sup>(4)</sup>.

لا يعد تنازع القوانين، في الدول التي يحصل تنازع بين قوانينها الداخلية، بسبب وجود طوائف ومذاهب مختلفة، كما هو الشأن في لبنان مثلا<sup>(5)</sup>.

وكذلك لا يعتبر التنازع الحاصل، بين قوانين الدول المستعمرة، ومستعمراتها تنازعا دوليا للقوانين<sup>(6)</sup>.

(1) ينظر: نسرين شريقي، سعيد بوعلي، القانون الخاص الجزائري، ص 23.

(2) ينظر: غالب علي الداودي و حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج 1، ص 58.

(3) ينظر: مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص (2)، تنازع القوانين، ص 27.

(4) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 43.

(5) في لبنان توجد طوائف ومذاهب مختلفة، لكل واحدة منها شريعتها الخاصة التي تطبق على الأفراد التابعين لها، خاصة في مسائل الأحوال الشخصية، فهنا لا يوجد تنازع دولي للقوانين، بل الحاصل هو التنازع الداخلي، ويلجأ فيه إلى التفويض لحله. ينظر: غالب الداودي، نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص، دار الطباعة الحديثة، البصرة، 1965م، ص 114.

(6) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 43.

ويشترط في السلطة التي صدر منها القانون الذي حصل بسببه التنازع، أن تكون سلطة نظامية، بالإضافة لممارستها للسيادة الإقليمية، ولهذا فإن أوامر العصابات وقطاع الطرق والعادات القبلية، لا تعتبر قانونا ولا يسمح بتنازعها مع قوانين دول ذات سيادة؛ لأنها صادرة عن سلطة غير نظامية<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث: أن يكون التنازع بين قوانين خاصة

إن القانون الدولي الخاص، لا يهتم إلا بالحياة القانونية الدولية الخاصة للأفراد، على أساس أن الهدف الأصلي والمباشر للقوانين الخاصة، هو حماية الحقوق الخاصة للأفراد، عكس القوانين العامة، ولذلك لا ضير من قبول تطبيق قانون أجنبي في العلاقات القانونية الخاصة، طالما تمثل هذه العلاقات مصالح الأفراد الخاصة فيما بينهم، ولا يكون في تطبيق قانون أجنبي عليها أي مساس بالمصلحة العامة للمجتمع، وسيادة الدولة<sup>(2)</sup>.

ومنه فإن التنازع بين القوانين العامة غير مقبول؛ لأنها مرتبطة ارتباطا مباشرا بالمصلحة العامة، (مثل القانون الدستوري والقانون الجنائي، والقانون الإداري)، وسيادة الدولة التي أصدرتها، حيث تستند هذه القوانين إلى مبدأ التطبيق الإقليمي المطلق لها، انطلاقا من مبدأ السيادة، والقانون الوطني وحده من يحكم هذه العلاقات، بحكم اتصالها بالمصلحة العامة، والنظام العام في الدولة<sup>(3)</sup>.

### الفرع الرابع: قبول المشرع الوطني بتطبيق القانوني الأجنبي

لا يمكن أن ينفذ القانون الأجنبي داخل الإقليم، إلا بإرادة المشرع الوطني، نظرا لازدياد الحاجة إلى التعاون الدولي، فلا يمكن تطور دولة أو مجتمع، منعزلا عن بقية الدول أو المجتمعات، و في الجزائر توجد أربع مبادئ لتطبيق القانون الأجنبي:

أ- مبدأ إقليمية القوانين: سريان تطبيق القوانين المحلية، في إقليم الدولة، ولا تمتد إلى الخارج.

ب- مبدأ امتداد القوانين: وهو امتداد تطبيق القوانين إلى خارج الدولة.

ج- مبدأ شخصية القوانين: القانون يطبق على الشخص بعينه.

(1) ينظر: حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، ص 16-19.

(2) ينظر: نعوم السيوفي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، دار المستقبل، دمشق، 1982م، ص 81.

(3) ينظر: غالب الداودي وحسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج1 ص 62، 61.

د- مبدأ عينية القوانين: القانون يطبق على المال أينما وجد<sup>(1)</sup>.

وما يهمننا في تنازع القوانين مبدأ إقليمية القوانين، و مبدأ امتداد القوانين، فلو اعتنق كل مشرع مبدأ إقليمية القوانين، لا نكون بصدد مشكلة تنازع القوانين<sup>(2)</sup>.

### الفرع الخامس: وجود اختلاف بين أحكام القوانين المتنازعة

إن تماثل و تطابق القوانين في كل من دولة القاضي المعروض عليه النزاع، والقانون الأجنبي، ينفي وجود ظاهرة تنازع القوانين، و بالتالي إذا كان هناك تباين بين الأنظمة القانونية، فإن التنازع موجود بوجود الاختلاف، ولكن الاختلاف المفروض لا ينبغي أن يصل إلى حد التعارض التام، في الأسس الجوهرية التي تقوم عليها أنظمة القوانين المتعارضة<sup>(3)</sup>.

أن لا يتم إبعاد تطبيق القانون الأجنبي، الذي تتعارض أحكامه تعارضا جوهريا مع قانون القاضي، بالاستناد إلى فكرة النظام العام، فمثلا القوانين المدنية في أوروبا رغم أنها توجب العمل بقانون الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية، إلا أن المحاكم الأوروبية لا تستجيب لجزائري مسلم مقيم في أوروبا إذا أراد أن يعقد النكاح للمرة الثانية، أو الثالثة حسب ما يجيزه قانونه الوطني المستمد من الشريعة الإسلامية؛ لأن تعدد الزوجات ممنوع، ومخالف للنظام العام في القوانين الدول الأوروبية<sup>(4)</sup>.

وخلاصة القول إن التنازع بين القوانين، لا يكون إلا بين الدول ذات السيادة، وأن يكون الاعتراف حاصل بين الدولتين محل الخلاف أو التنازع، كما يجب أن يعترف المشرع الوطني بالاختلاف بين القوانين، والدولة المعنية بالنزاع، وأن يكون الاختلاف بين القوانين وقع فعلا<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: نسرين شريقي، سعيد بوعللي، القانون الخاص الجزائري، ص 23، 24.

(2) ينظر: غالب علي الداودي وحسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج 1، ص 62.

(3) ينظر: زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، - تنازع القوانين -، مطبعة الكاهنة، 2000م، ص 52.

(4) ينظر: غالب علي الداودي وحسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج 1 ص 61، 62.

(5) ينظر: لعامرة، أنواع وشروط تنازع القوانين، مدونة القانون الجديد، الموقع: <http://kanoundjadid.blogspot.com> تاريخ

### المطلب الثالث: أنواع تنازع القوانين

هناك حالات أو استثناءات، لا نكون فيها بصدد تنازع قانوني، كحالة التنازع الداخلي في الدول الفدرالية، والنظم الطائفية (لبنان)، أو ضم دولة إقليم لها، والدولة المستعمرة و مستعمراتها.

ولقد صنف تنازع القوانين إلى عدة أنواع، أهمها ما يلي:

#### الفرع الأول: تنازع القوانين العامة و الخاصة

تنقسم القوانين من حيث التنازع، إلى قوانين عامة وأخرى خاصة، وهو ما سنوضحه في العنصرين الآتيين.

##### أولاً: تنازع القوانين العامة

يقصد بها مجموعة من القواعد القانونية، التي تحكم نشاط جماعة من الدول والمنظمات الدولية، فتبين ما لكل منها من حقوق، وما لكل منها من التزامات، وتنظم ما يقوم بين الدول من علاقات، وكذا علاقات هذه الدول بالمنظمات الدولية<sup>(1)</sup>.

وينشأ هذا النوع من تنازع القوانين العامة، كالقانون الجنائي والقانون الإداري، ولا علاقة للقانون الدولي الخاص بهذا النوع من التنازع<sup>(2)</sup>.

##### ثانياً: تنازع القوانين الخاصة

إن نطاق تنازع القوانين يتحدد بالمراكز القانونية، التي يحكمها القانون الخاص، سواء تعلقت هذه المراكز بالمعاملات المالية، أو بالأحوال الشخصية، ودون تمييز بين ما هو محكوم بالقانون المدني أو بالقانون التجاري، أو غيرها من فروع القانون الخاص<sup>(3)</sup>.

أما المراكز الخاضعة للقانون العام، فهي لا تثير تنازعا بين القوانين، وإنما تثير فقط مشكلة تحديد تطبيق القانون من حيث المكان، فمثلا القانون الجنائي المغربي أو الجزائري يحددان الجرائم التي يعاقب عليها، وهي بحسب الأصل الجرائم التي تقع في حدود إقليم الدولة، فإذا وقعت جريمة معينة فإن البحث يتم حينئذ عما إذا كانت هذه الجريمة تخضع

(1) ينظر: غالب علي الداودي، نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص، ص 5-8.

(2) ينظر: لعمارة، أنواع وشروط تنازع القوانين، مدونة القانون الجديد، الموقع: <http://kanoundjadid.blogspot.com> تاريخ

الزيارة 2013/6/29م

(3) ينظر: مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص (2)، تنازع القوانين، ص 29..

لأحكام القانون الجنائي المغربي، أو القانون الجنائي الجزائري، وهذه هي مشكلة تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: تنازع القوانين من حيث الزمان والمكان

ينشأ النوع الأول، من خلال وضع قوانين داخلية جديدة، ويثور التساؤل عن مدى رجعية أو عدم رجعية<sup>(2)</sup>، تلك القوانين الجديدة على الماضي، وقد نظم هذا النوع القانون المدني، ولا دخل هنا للقانون الدولي الخاص.

أما النوع الثاني وهو تنازع القوانين من حيث المكان، ويكون بين تشريعات دول متعددة على حكم نزاع فيه عنصر أجنبي، وإجراء المفاضلة بين تلك التشريعات المتنازعة لاختيار أنسبها لحكمه، وهو ما يختص به القانون الدولي الخاص<sup>(3)</sup>.

### أولاً: تنازع القوانين من حيث المكان

دخل تنازع القوانين من حيث المكان، في صلب موضوع القانون الدولي الخاص، وذلك لأنه يفترض وجود تنازع بين تشريعات دول متعددة، وقد ظهر مبدآن لتحديد القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة، وهما: مبدأ إقليمية القوانين، ومبدأ شخصية القوانين. أ - مبدأ إقليمية القوانين:

يقوم هذا المبدأ على فكرة السيادة، حيث تعتبر الدولة صاحبة السلطان المطلق في حدود إقليمها، ويترتب على ذلك أن قوانين الدولة تطبق على الجميع، بغض النظر عن جنسية الأشخاص الذين يقيمون فيه، سواء أكانوا ممن يحملون جنسيتها أم أجنبي، كما

<sup>(1)</sup> ينظر: أعرب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ص 46.

<sup>(2)</sup> مبدأ عدم رجعية القوانين، أو عدم سريان القوانين على الماضي، مبدأ أساسي يعتبر الأصل في حل مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان، وهو يقوم على أساس من المنطق والعدالة والمصلحة العامة، هناك استثناءات ترد على هذا المبدأ، ويمكن إجمالها في نقطتين: أ- الاستثناء الوارد بنص صريح على رجعية القوانين. ب- استثناء القوانين الجنائية الأصلح للمتهم. ينظر: المادة (02) من التقنين المدني الجزائري، و المادة (46) من الدستور الجزائري لسنة 1996م، المادة (64) من الدستور الجزائري لسنة 1996م. الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996م، المعدل.

<sup>(3)</sup> ينظر: لعامة، أنواع وشروط تنازع القوانين، مدونة القانون الجديد، الموقع: <http://kanoundjadid.blogspot.com> تاريخ

يترتب على هذا المبدأ، أن قوانين الدولة لا تطبق خارج حدودها، حتى لو تعلق الأمر بمواطنيها<sup>(1)</sup>.

ب - مبدأ شخصية القوانين:

ويقوم هذا المبدأ، على أن قوانين الدولة تطبق على رعاياها فقط، أينما كانوا، سواء داخل حدود إقليمها أم في الخارج، وبالمقابل فإن قوانينها لا تطبق على الأجانب، حتى ولو كانوا يقيمون داخل حدود إقليمها، وتبدو أهمية هذا المبدأ بصورة خاصة بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية من زواج، وطلاق، ووصية، ..<sup>(2)</sup>.

ج - موقف القانون الجزائري:

أخذ القانون الجزائري بمبدأ إقليمية القوانين كقاعدة عامة، ولكنه أخذ أيضاً بمبدأ شخصية القوانين على سبيل الاستثناء، وفي بعض الأحيان يأخذ بالمبدأين معاً.

أ- مبدأ إقليمية القوانين: أخذ المشرع الجزائري بهذا المبدأ في حالات عديدة أهمها:

1- القواعد المتعلقة بتنظيم قوانين السير، ومراقبة الأسواق والمحلات الخطرة، أو المقلقة للراحة.

2- القواعد المتعلقة بالأشياء، سواء أكانت عقارات أم منقولات، وبالحقوق العينية المترتبة عليها.

3- القواعد المتعلقة بالالتزامات غير التعاقدية.

4- القواعد المتعلقة بإجراءات المحاكمة والاختصاص القضائي.

5- القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة.

ب- مبدأ شخصية القوانين: أخذ به المشرع الجزائري بصورة خاصة، في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، وأهمها:

- الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم.

- الشروط الموضوعية لصحة الزواج وآثار الزواج، والطلاق والالتزام بالنفقة بين الأقارب.

- المسائل الموضوعية المتعلقة بالولاية والوصاية والقوامة، والميراث والوصية، وجميع

<sup>(1)</sup> ينظر: نسرين شريفي، وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 23.

<sup>(2)</sup> ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص 39.

التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت<sup>(1)</sup>.

ج- تطبيق المبدأين معاً: يطبق بالنسبة للأمر الجزائية المبدآن معاً، وهذا ما نصت عليه المادتان(03) من قانون العقوبات الجزائري<sup>(2)</sup>، فقد جاء في المادة (3فقرة1) أنه: « يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية»، وهذا هو مبدأ إقليمية القوانين.

نصت المادة (582فقرة1) من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على أن: «كل واقعة موصوفة بأنها جنائية معاقب عليها من القانون الجزائري ارتكبتها جزائري خارج إقليم الجمهورية يجوز أن تتابع و يحاكم فيها في الجزائر»<sup>3</sup>، وهذا هو مبدأ شخصية القوانين.

### ثانياً: تنازع القوانين من حيث الزمان

يتحدد نطاق تطبيق القاعدة القانونية من حيث الزمان بتحديد وقت سريانها، ووقت إنهاء العمل بها، إلا أن تحديد وقت سريان القاعدة القانونية وقت انقضاءها بالإلغاء، لا ينهي كل صعوبة في هذا الموضوع، إذ تثور في بعض الأحيان مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان<sup>(4)</sup>.

والواقع أن مشكلة تحديد المدى الزمني، للقواعد القانونية في وقتنا الحاضر، تبدو أكثر ظهوراً في مجال القواعد القانونية ذات الأصل التشريعي، بحيث تتعاقب القواعد القانونية المنظمة لذات الموضوع، بصورة يتعذر معها الجمع بينها في التطبيق، وذلك لتضمنها حلولاً متعارضة لذات المسألة<sup>(5)</sup>.

<sup>(1)</sup> لقد جسد المشرع هذه القاعدة في المواد (9 إلى 24) من القانون المدني، والمواد (3) و(589) من قانون الإجراءات الجزائية .

<sup>(2)</sup> الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386م، الموافق 8 يونيو سنة 1966م، الذي يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

<sup>(3)</sup> الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ الموافق لـ: 8 يونيو سنة 1966م، الذي يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم. قانون رقم 01-08، في 26 جوان 2001م.

<sup>(4)</sup> ينظر: دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، ص 103، 104.

<sup>(5)</sup> ينظر: عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004م، ص 111.



علما بأن العلاقات القانونية بين الأفراد في المجتمع، قد تستغرق في تكونها أو إنتاج آثارها القانونية، مدة قد تمتد وتطول، مما يجعل تنظيمها خاضعا لعدة قواعد قانونية يتعاقب ظهورها على مدار الزمان.

ويعد مبدأ عدم رجعية القوانين، من المبادئ الأساسية، التي يقوم عليها النظام القانوني، والأخذ به يعد شرطا لازما لتحقيق العدالة، واستقرار النظام كما أن المنطق يفرض الأخذ بهذا المبدأ.

ولقد كان للاعتبارات المتقدمة، التي تسند إليها أصول تطبيق القانون في الزمان، أثرها في أخذ مختلف الدول بها، وقد نصت عليها كثير من الدول في قوانينها، بل إن منها ما ينص عليها في الدستور نفسه<sup>(1)</sup>.

ينشأ تنازع بين القوانين، من حيث الزمان والمكان في آن معا، ويسمى كذلك بالتنازع المركب، ومثال ذلك عندما يضم إقليم دولة إلى دولة أخرى، عندها يحصل هذا النوع من التنازع الناجم عن تبادل السيادة على هذا الإقليم، حيث يحصل تنازع من حيث الزمان؛ لأنه ناتج من تعاقب تطبيق قوانين، وتنازع من حيث المكان؛ لأنه يتصل بقوانين صادرين عن سيادتين مختلفتين<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث: التنازع الدولي والتنازع الداخلي للقوانين

ينقسم التنازع بين القوانين، إلى تنازع دولي ويحمل الصفة الدولية، وتنازع داخلي، أداخل إقليم الدولة، وتوضيح ذلك فيما يلي.

#### أولا: التنازع الدولي للقوانين

المقصود بالصفة الدولية لقواعد التنازع، هو تخطي العلاقات التي تحكمها هذه القواعد للحدود الإقليمية للدولة، واحتوائها على عنصر أجنبي أو أكثر، وعلى هذا النحو تتميز العلاقات التي يحكمها القانون الدولي الخاص، كونها علاقات تتجاوز بطبيعتها الحدود الإقليمية، ونتيجة لذلك، فإن التنازع لا يمكن أن يتصور إلا بين القوانين لدول اكتسبت كل منها صفة الدولية، وفقا لأحكام القانون الدولي العام كما أشرت إليه سابقا.

ويترتب على هذا الأصل عدة نتائج هي:

(1) ينظر: أعرب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 127.

(2) ينظر: حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، ص 54، 55.

- 1- خروج تنازع القوانين الداخلية، من نطاق دراسة القانون الدولي الخاص<sup>(1)</sup>.
  - 2- التنازع لا يقوم بين قانون دولة ذات سيادة، والشرائع السائدة في بلد لا يتمتع بهذا الوصف<sup>(2)</sup>.
  - 3- التنازع لا يقوم بين قانون دولة، وقانون دولة أخرى لم تعترف بها الدولة الأولى، ويعتبر هذا المبدأ بدوره، نتيجة طبيعية لحصر نطاق التنازع بين قوانين الدول المعترف بها<sup>(3)</sup>.
- إن عدم الاعتراف بالحكومة أو بالسلطة القائمة في دولة معينة، ما هي إلا مسألة سياسية، لا أثر لها على العلاقات الخاصة بالأفراد، ويتعين على القاضي عند تطبيق القانون الأجنبي، أن يطمئن إلى أنه قانون صادر عن سلطة استقر لها الأمر في الدولة، فهو يتمتع بدهاءة عن تطبيق القانون الصادر عن سلطة مغتصبة، لم يتوافر لها بعد السيطرة على زمام الأمور في الإقليم بصفة نهائية<sup>(4)</sup>.

خلاصة القول، أن هذا الرأي ليس له تطبيقات في الاجتهاد القضائي المقارن، الذي يتبنى الرأي الأول، وهو عدم تطبيق القانون الأجنبي، في غياب الاعتراف بالدولة الأجنبية، و هو ما يعني تجاهل هذه الدولة، و إنكار أي وجود لها على الصعيد الدولي من قبل كل السلطات في الدولة.

### ثانيا: التنازع الداخلي للقوانين

إن التنازع الداخلي للقوانين، قد يظهر بأشكال مختلفة بين قوانين الدولة الواحدة، قد يظهر سياسيا بين قوانين ولايات الدولة الواحدة، لا يطبق فيها مبدأ الوحدة القانونية، كما كان موجودا في جمهورية يوغسلافيا السابقة، وقد يظهر بين قوانين ولايات دولة مركبة؛ لأن لكل ولاية قانونها الخاص كما هو الشأن في سويسرا، والولايات المتحدة الأمريكية<sup>(5)</sup>.

وقد نجد هذا التنازع أيضا، في دولة واحدة تتعدد فيها الشرائع تعددا شخصيا، بسبب وجود طوائف مختلفة، سواء أكانت دينية، أو أقليات عرقية، بحيث تتمتع كل طائفة بحق

(1) ينظر: نسرين شريفني وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 24، 25.

(2) ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص 63.

(3) ينظر: حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، ص 22، 23.

(4) ينظر: سامي بديع منصور، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية للنشر، ص 69.

(5) ينظر: حسن الهداوي، غالب الداودي، القانون الدولي الخاص، ج 1، ص 55.

تطبيق قوانينها الخاصة، ومثل هذا ما هو حاصل بين شرائع المذاهب، والطوائف المختلفة في لبنان<sup>(1)</sup>.

### الفرع الرابع: تنازع الاختصاص التشريعي و القضائي الدولي

يقصد بتنازع الاختصاص التشريعي، هو ذلك التداخل الذي يحصل من جراء اتصال علاقة قانونية خاصة، في عنصر أو أكثر من عناصرها، بقوانين أكثر من دولة واحدة، كقانون جنسية أطراف العلاقة، وقانون موطنهم وقانون محل إبرام العقد، وقانون موقع المال، وقانون محل التنفيذ، وقانون المحكمة المرفوع إليها النزاع، مما يستلزم معرفة أي منها يجب تطبيقه عليها<sup>(2)</sup>.

أما تنازع الاختصاص القضائي، فهو: تنازع الذي يكون في قضية يتخللها عنصر أجنبي، لا بشأن القانون الواجب تطبيقه عليها، وإنما بشأن المحكمة المختصة برؤيتها<sup>(3)</sup>. كما لو تعاقد عراقي مع مصري، في دمشق على شراء مال منقول موجود في الأردن، ففي مثلنا هذا، لو ثار نزاع بين المتعاقدين وعرض أمام قاض مختص بنظره، بموجب أي قانون يحكم؟، هل هو القانون العراقي بوصفه قانون الدولة التي ينتمي إليها أحد المتعاقدين بجنسيته؟، أم هو القانون المصري بوصفه قانون دولة المتعاقد الآخر؟، أم هو القانون السوري بوصفه قانون الدولة التي أبرم فيها العقد؟، أم هو القانون الأردني؟، أي قانون الدولة التي يوجد فيها المال<sup>(4)</sup>.

ومن ثم تخرج العلاقات الوطنية البحتة، من نطاق تنازع القوانين، ويُلاحظ هنا أن الصفة الأجنبية، إنما تتقرر في ضوء الدولة التي تنظر محاكمها النزاع، أي دولة القاضي<sup>(5)</sup>. وجود الاختلاف في التشريعات بين الدول، أي أنه لا تتطابق قواعد الإسناد في جميع الدول؛ لأن معنى ذلك أن يكون الحل واحداً فيما يخص القانون المختص، أينما عرض النزاع

(1) ينظر: غالب علي الداودي، نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص، ص 114.

(2) ينظر: نسرين شريفني وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 06.

(3) ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص 186.

(4) ينظر: غالب علي الداودي، حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج 1 ص 55..

(5) ينظر: حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص 17.

وكأننا أمام نزاع في علاقة وطنية بحتة، يكون قانون القاضي الوطني هو المختص فيها في جميع الحالات<sup>(1)</sup>.

خلاصة القول أنه لا بد من الإشارة هنا، إلى أن اختلاف القوانين في أحكامها الموضوعية أمر طبيعي، وليس هو المقصود بالاختلاف كشرط لتنازع القوانين.

### الفرع الخامس: التنازع الايجابي والسلبى للقوانين

يحصل التنازع الايجابي للقوانين، عندما تعطي قواعد الإسناد، في كل قانون من القوانين المتنازعة، على حكم العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي، الاختصاص فيها لقانونها الوطني.

أما التنازع السلبى للقوانين، فإنه يحصل عندما لا تسند قواعد الإسناد في القوانين المتنازعة، حكم العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي لأي قانون منها.

### أولاً: التنازع الايجابي للقوانين

يقصد به تنازع الجنسيات تنازع إيجابي أي تمتع الشخص بجنسيتين، أو أكثر بصفة قانونية وصحيحة، ضمن الطرق القانونية في تلك الدولة التي يحمل جنسيتها، لقد جاءت المادة (398) توضح الحالة التي يكون فيها تنازع الاختصاص بقولها: « يكون ثمة تنازع في الاختصاص بين القضاة، عندما تقضي جهتان قضائيتان أو أكثر في نفس النزاع بالاختصاص أو عدم الاختصاص »<sup>(2)</sup>.

في قانون كل دولة لها علاقة بالنزاع تسند الاختصاص إلى قانونها، وسمي هذا النوع من التنازع، بالتنازع الإيجابي<sup>(3)</sup>، و مثال ذلك: لو توفي جزائري في فرنسا، وعرض النزاع حول الأموال المنقولة على الجزائر، فقضت بقواعد القانون الجزائري طبقاً لقاعدة الإسناد الجزائرية، التي يقضي بأن النزاع حول الأموال يكون حسب قانون الجنسية.

(1) ينظر: غالب الداودي، حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج 1 ص 55.

(2) القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429هـ الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008م، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(3) ينظر: هشام خالد، المركز القانوني لمتعدد الجنسيات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001م، ص

إذن القانون الذي يطبق عليه هو القانون الجزائري، و إذا عرض النزاع على قاضي فرنسي فإنه يطبق قانونه؛ لأن قاعدة الإسناد فيه تشير إلى تطبيق قانون آخر موطن للمال، ومنه نجد أنه يطبق القانون الفرنسي، و بذلك فإن كل قانون يتمسك باختصاصه.

### ثانياً: التنازع السلبي للقوانين

ومعناه انعدام جنسية الشخص يوم ميلاده، أو يكون من تاريخ لاحق للميلاد، هذا يرتب عدم التبعية السياسية والقانونية لأي دولة، مما يجعل الشخص متعرض لعدة مشاكل<sup>(1)</sup>. و يتعلق مثلاً بأهلية إنجليزي متوطن بالجزائر، هنا نجد أنه لو عرض النزاع على القاضي الجزائري، يعتمد في ذلك على قاعدة إسناده التي سترشده إلى القانون الإنجليزي الواجب التطبيق، للاعتماد على تطبيق القانون بحسب الجنسية.

لكن لو عرض النزاع على القاضي الإنجليزي، نجد أنه يجعل الاختصاص وفق قاعدة إسناده إلى القانون الجزائري، و بالتالي هنا يقع الإشكال حيث أي القانونين سيطبق؟، أم أن القاضي المعروف عليه النزاع يلجأ إلى القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي؟<sup>(2)</sup>.

وما يستنتج هنا، من كل ما سبق ذكره، أنه لا يدخل في موضوع الدراسة، تعدد القوانين في الدولة الواحدة قد يؤدي إلى التنازع بشأن علاقة قانونية، إلا أن هذا النوع من التنازع لا يدخل في نطاق القانون الدولي الخاص؛ لأن العلاقة القانونية تسند إلى وحدة تشريعية لها قواعد خاصة بها لحل هذا التنازع.

ولا يدخل أيضاً في موضوع الدراسة التنازع الاستعماري، وهو الذي يحصل بين قانون الدولة المستعمرة وقانون إحدى المستعمرات التابعة لها.

كما لا يدخل في دراستنا هذه، التنازع الذي يحصل بسبب الضم، أي بين القانون السائد في إقليم ضم إلى دولة، وقانون الدولة الصّامة، إذ تعتبر العلاقة القانونية في مثل هذه الحالات وطنية في جميع عناصرها.

لكن أكثر الدول لا تدخل التنازع الداخلي، في دراسة القانون الدولي الخاص، وهذا هو مسار عليه المشرع الجزائري، وغيره عند تنظيمه لتنازع القوانين في القانون المدني<sup>(3)</sup>.

(1) ملاحظة: القانون الأجنبي الذي تم الإشارة إليه، ضمن قواعد الإسناد الوطنية لقانون القاضي.

(2) ينظر: غالب علي الداودي، حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج 1 ص 57.

(3) ينظر: محاضرة بعنوان: لعمارة، أنواع وشروط تنازع القوانين، مدونة القانون الجديد،

### المطلب الثالث: موقف الشريعة الإسلامية من فكرة تنازع القوانين

القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية، أن أحكامها تسري على كل من يقيمون في دار الإسلام من المسلمين وغير المسلمين، لأنها هي المهيمنة، وهذا يتفق مع سيادة الدولة، التي ينبغي أن تكون مفروضةً على كل رعاياها، وعلى من يكون على إقليمها. وإذا كان غير المسلمين يتمتعون بمركز قانوني، قد يختلف فيه الأجنبي عن المقيم في بعض الجوانب والمسائل، فإنه من الأهمية بمكان أن يتحدد مدى خضوعهم جميعاً للقضاء في الفقه الإسلامي.

### الفرع الأول: فكرة التنازع بين القوانين في القرآن الكريم

الاختلاف والمخالفة، أن ينهج كل شخص طريقاً مغايراً للآخر في حاله، أو في قوله والخلاف أعم من الضد؛ لأن كل ضدين مختلفان، وليس كل مختلفين ضدين، أما الجدل فهو في اللغة المقاومة على سبيل المنازعة والمغالبة، مأخوذ من « جدلة الحبل»<sup>(1)</sup>، إذا حدث إفلاته، وعلم الجدل يقوم على مقابلة الأدلة؛ لإظهار أرجح الأقوال، والشقاق أصله أن يكون كل واحد في شق من الأرض، فكأن أرضاً واحدة لا تتسع لهما معاً<sup>(2)</sup>، قال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا﴾<sup>(3)</sup>، أي خلافاً حاداً يعقبه نزاع<sup>(4)</sup>.

لقد ورد في القرآن الكريم في قصة يوسف عليه السلام، وإخوته في قوله تعالى: ﴿فَالْوَأ

جَزَاؤُهُ، مَنْ وُجِدَ فِي رَحْلِهِ فَهُوَ جَزَاؤُهُ، كَذَلِكَ نَجْزِي  
الظَّالِمِينَ﴾<sup>(5)</sup>.

ما يدل على أن المجتمعات البشرية، قد بدأت مبكراً تستشعر وجوب الاعتراف للأجنبي

(1) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج3ص98، مادة (جدل).

(2) ينظر: جابر فياض العلواني، أدب الاختلاف في الإسلام، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، واشنطن، ط3، 1987م، ص21، 22.

(3) الآية 35، من سورة النساء.

(4) ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج5ص154.

(5) الآية 75 من سورة يوسف.

بالحقوق، وفي العدل، بناء على قانونه الطبيعي<sup>(1)</sup>.

قال تعالى: ﴿قَالُوا بِمَا جَزَّآؤُهُ إِنْ كُنْتُمْ كَذِبِينَ﴾ ﴿٧٤﴾ قَالُوا جَزَّآؤُهُ  
مَنْ وَجَدَ فِي رَحْلِهِ فَهُوَ جَزَّآؤُهُ، كَذَلِكَ نَجْزِي الظَّالِمِينَ﴾<sup>(2)</sup>.

و في أيسر التفاسير معنى هذه الآية، «نحن، أي: يعقوب وأولاده، في بلادنا وفي دولتنا  
كهذا الجزاء»<sup>(3)</sup>، ﴿نَجْزِي الظَّالِمِينَ﴾<sup>(4)</sup>، وهكذا نطقوا بالحكم.

مؤكد لما قبله، أي مثل هذا الجزاء العادل، وهو الاسترقاق لمدة سنة، نجازى الظالمين  
الذين يعتدون على أموال غيرهم<sup>(5)</sup>.

وهذا سؤال من مُسَاعِدي يوسف، لإخوة يوسف عن العقوبة المقررة في شريعتهم، لمن  
يسرق؟ وماذا نفعل بمن نجد في رَحْلِهِ صُوعَ الْمَلِكِ.

« وكان المعروف أن مَنْ يُضْبَطُ بسرقة في شريعة آل يعقوب أن يُسْتَرْقَ أو يظل في خدمة  
مَنْ سرقهم، كما فعلت عمّة يوسف التي أحبته وعاش معها بعد وفاة أمه.

و حين أراد والده أن يسترده أخفت في ثياب يوسف شيئاً عزيزاً ورثته عن أبيها إسحاق،  
وبذلك استبقت يوسف معها، ولم يأخذه أبوه إلا بعد أن ماتت عمته، وكان هدف يوسف ﷺ  
إذن أن يستبقي أخاه معه؛ وهو قد علم من قبل هذا الحكم، وهكذا تركهم يوسف ﷺ  
يحكمون بأنفسهم الحكم الذي يَصْبُو إليه، وهو بقاء أخيه معه»<sup>(6)</sup>.

عندما جاء أخوة يوسف إلى مصر لشراء المئونة، وكانوا من قبل يقطنون منطقة الشام،

(1) القواعد المشتركة للمجموعة البشرية التي لا تختلف من مجتمع لآخر، والتي تستخلص باستعمال العقل.

ينظر: منذر الشاوي، فلسفة القانون، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، ط1، 2009م، ص35.

(2) الآية 74 و75، من سورة يوسف.

(3) ينظر: أبو بكر الجزائري، أيسر التفاسير لكلام العلي الكبير، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط3،  
1418هـ- 1997م، ج2 ص223.

(4) الآية 75، من سورة يوسف.

(5) ينظر: محمد سيد طنطاوي، التفسير الوسيط للقرآن الكريم، دار نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة،  
ج7 ص398.

(6) ينظر: محمد متولي الشعراوي، خواطري حول القرآن الكريم، أخبار اليوم، 1991م، ج11 ص7025، 7026.  
وعبد الوهاب النجار، قصص الأنبياء، مكتبته دار التراث، 1985م، ص170.

التي يطبق فيها القانون الروماني، الذي يقضي بأن السارق يؤخذ عبداً جزاءً لجريمة السرقة، بخلاف القانون في مصر القديمة الذي يقضي بأن السارق يسجن ويغرم ضعفي ما سرق<sup>(1)</sup>. وقد هدى الله يوسف عليه السلام إلى فكرة هي في حقيقتها ما يسمى في الفقه القانوني الحديث بمشكلة تنازع القوانين، وذلك بتطبيق القانون الروماني على من يعتقد بأنه سرق صواع الملك من أخوة يوسف في مصر<sup>(2)</sup>.

هذه شريعة يعقوب بن إسحاق بن إبراهيم عليه السلام مطبقة في ديارهم، وهي أن السارق يسترق ويباع ويشترى، كسائر الرقيق من الناس، جزاء السارق الاسترقاق، ولعلها حيلة من الحيل حتى يستبقي أخاه عنده.

### الفرع الثاني: فكرة التنازع بين القوانين في الفقه الإسلامي

لقد كان لانفصال الأقاليم، آثار قانونية تمس علاقات المسلمين مع غيرهم من الشعوب، إذ نجد أن أبا حنيفة، في الوقت الذي كانت فيه الشريعة الإسلامية ملزمة لكل مسلم، في أي إقليم يقيم فيه، يدخل فكرة الإقليمية في العلاقات بين المسلمين وغير المسلمين.

وعليه صار استنباط الأحكام الشرعية المتعلقة بهذا الموضوع يستند إلى العرف والقياس وإلى الإقليمية أو الدار بالاصطلاح الإسلامي<sup>(3)</sup>.

وقد اختلف فقهاء آخرون، مع أبي حنيفة حول فكرة الإقليمية<sup>(4)</sup>.

وينشأ عن هذا المبدأ الأساسي قضية أخرى، وهي أنه على المسلمين أن يعترفوا بأحكام البلدان غير الإسلامية وقوانينها، على أنها ملزمة للمسلمين عندما يكونون مقيمين في دار الحرب.

(1) ينظر: عبد الحليم نور الدين، القوانين في مصر القديمة، مكتبة الإسكندرية، ص16.

(2) ينظر: أحمد بن مصطفى المراغي، تفسير المراغي، مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ط1، 1365هـ-1946م، ج13ص21، ومحمود الألوسي أبو الفضل، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج13ص27 وما بعدها.

(3) ينظر: أبو بكر بن مسعود الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط2، 1406هـ - 1986م، ج7ص102.

(4) ينظر: الحطاب، مواهب الجليل، مكتبة النجاح، طرابلس، ليبيا، ج6 ص231، زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي ج3ص355،365، مالك بن انس، المدونة، مطبعة السعادة، وزارة الأوقاف السعودية، ج16ص91، والشيرازي، المهذب، دار الكتب العلمية، ج2ص358، و ابن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، 1388هـ- 1968م، ج10 ص439،537.



وقد تناول أبو حنيفة، وتلامذته بعض المفاهيم ذات الصلة بالقانون الدولي، مثل مبدأ المعاملة بالمثل؛ أي معاملة غير المسلمين الداخلين إلى دار الإسلام، كما يعامل المسلمون في دار الحرب (4).

لم يطرح الفقهاء المسلمون، مسألة تطبيق القانون الأجنبي في صيغة تنازعية مع الشريعة الإسلامية؛ لأن ذلك يقتضي الاعتراف بمساواة الشريعة الإسلامية مع الشرائع الأجنبية الأخرى، وهذا يتعارض في نظرهم مع دور الإسلام الريادي، بوصفه الدين الذي يعلوا على جميع الديانات (2).

ورابطته من أقوى الروابط، ودعى جميع الشعوب والقبائل في العالم إلى الائتلاف والتوحيد والإيمان والمساواة، بقوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾ (3).

لذلك لم يكن هناك خلاف بين الفقهاء على أن القاضي المسلم، إذا عرض عليه النزاع فإنه لا يحكم إلا بأحكام الشريعة الإسلامية، سواء كان النزاع بين مسلمين، أو بين غير مسلمين (4).

(1) لا يلزم الذمي بكل أحكام الإسلام، وإنما يلزم فقط بما لا يتعارض مع معتقده الديني، فيؤخذ بأحكام الإسلام في ضمان النفس والمال والعرض، وتقام الحدود عليهم، فيما يعتقدون تحريمه كالسرقة. ينظر: الكساني، بدائع الصنائع، ج 7 ص 111 وما بعدها.

(2) ينظر: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج 1 ص 13 وما بعدها.

(3) الآية 13 من سورة الحجرات.

(4) ينظر: عبد القادر عودة التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج 1 ص 307 .

وسواء كانوا رعايا و هم أهل الذمة<sup>(1)</sup>، أو كانوا أجنب و هم المعاهدون<sup>(2)</sup>، أو المستأمنون<sup>(3)</sup>.

على أساس أن الشريعة الإسلامية تسري على الجميع، وتطبق على كل نزاع يرفع إلى

القاضي المسلم<sup>(4)</sup>، لقوله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾<sup>(5)</sup>.

ولقوله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ

أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ﴾<sup>(6)</sup>.

(1) « الذمة في اللغة هي العهد والأمان والضمان، وأهل الذمة هم المستوطنون في بلاد الإسلام من غير المسلمين. وسُموا بهذا الاسم لأنهم دفعوا الجزية فأمنوا على أرواحهم وأعراضهم وأموالهم...». ينظر: علي حسني الخربوطلي، الإسلام وأهل الذمة، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، مصر، 1389 هـ - 1969 م، ص 65.

(2) المعاهدون: وهم رعايا الدولة غير المسلمة، والتي بينها وبين المسلمين عهد وصلاح على عدم القتال، والمراد بهم أهل الذمة، بمعنى: « أهل العهد والأمان لأنهم يصيرون في ذمة أمة محمد ﷺ...». ينظر: وهبة الزحيلي، الإسلام وغير المسلمين، دار الكتبي، دمشق، سوريا ط1، 1418 هـ - 1998 م، ص 61، 60.

(3) المستأمنون: وهم رعايا الدول غير المسلمة المحاربة للمسلمين، الذين أعطاهم إمام المسلمين، أو أحد من المسلمين الأمان على نفسه وماله، إذا دخل بلاد المسلمين حتى يخرج منها. ينظر: الحطاب، مواهب الجليل، ج3 ص 360. وابن قدامة، المغني، ج9 ص 241، و صالح حسين العابد، حقوق غير المسلمين في بلاد الإسلام، وزارة الأوقاف، المملكة السعودية، ط4، 1429 هـ - 2008 م، ص 11، حكم هؤلاء واحد، وهو أنهم معصوموا الدم والمال، فلا يجوز سفك دمائهم، ولا أخذ أموالهم. الآية 29، والآية 6، من سورة التوبة.

(4) ينظر: غالب الداودي، حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج1 ص 50، 51.

(5) الآية 50 من سورة المائدة.

(6) الآية 51 من سورة المائدة.

ولقوله تعالى: ﴿أَبْحُكُمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ أَحْسَنُ وَمَنْ مِّنَ اللَّهِ حُكْمًا لِّفَوْمٍ يُوفِنُونَ﴾<sup>(1)</sup>.

لكن هذا لا يعني أن الشريعة الإسلامية تعتمد مبدأ الإقليمية المطلقة، حيث كان الأجانب يتركون لما يعتقدون في قضاياهم الخاصة، خصوصا تلك القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية، ففي هذه القضايا كان يطبق على الأجنبي قانونه الشخصي، غير أن القاضي المسلم لا يطبقها بل يرفع النزاع إلى رؤسائهم في الملة أو الدين<sup>(2)</sup>.  
و هذا ما يعني وجود تلازم مطلق بين الاختصاص التشريعي و القضائي، فإذا انعقد الاختصاص للقاضي المسلم، أو ترفع أمامه الأجانب برضاهم حتى في القضايا الخاصة بهم، فإنه يطبق الشريعة الإسلامية، و بذلك ينتفي أحد عناصر تنازع القوانين، ألا وهو قبول تطبيق قانون أجنبي في دار الإسلام<sup>(3)</sup>.

(1) الآية 52 من سورة المائدة.

(2) ينظر: محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي 1377هـ-1957م، ص 302، وما بعدها.  
وعبد الله بن محمد السفيناني، دار الاسلام ودار الحرب والعلاقة بينهما، رسالة ماجستير، جامعة الملك عبد العزيز، فرع الفقه، سنة 1400هـ-1401هـ، ص 102 وما بعدها.

(3) ينظر: علي بن عبد الرحمن الطيار، حقوق غير المسلمين في الدولة الإسلامية، مكتبة الملك فهد، الرياض، ط 2، 1427هـ-2006م، ص 32، 33، وغالب علي الدودي، وحسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج 1 ص 32-33.

ومن جهة أخرى كانت سيادة الشريعة الإسلامية، تمتد لتشمل المسلم في دار الحرب طبقاً لمبدأ شخصية القانون المطلق، ويحول هذا أيضاً دون تطبيق قانون آخر عليه<sup>(1)</sup>.

وأشير هنا بشكل مختصر، إلى ما عليه العمل في بعض القوانين الغربية في مجال تطبيق القوانين على الأجانب، لبيان ما فيها من المفارقات والموافقات، وأجتزئ بما نقل في كتاب «المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي»، وهو مقارنة بين القانون الفرنسي والفقهاء المالكي خاصة، وملخص ذلك:

- القانون الفرنسي: القوانين الخاصة بالبوليس والأمن العام تطبق على جميع المقيمين على الأرض الفرنسية بلا فارق بين أجنبي أو فرنسي.

- القوانين المتعلقة بالنظام العام من الأحوال الشخصية، كزواج المسلم بغير واحدة على أرض فرنسا، فهو ممنوع.

- والقوانين المتعلقة بالأهلية أو الأحوال الشخصية: تطبق على الفرنسيين فقط دون الأجانب.

- القوانين المتعلقة بأهلية الشخص: ينفذ القانون الفرنسي على الفرنسي فقط، ولو كان خارجاً عن أرض فرنسا، فيكون عمله قانونياً في فرنسا<sup>(2)</sup>.

(1) إن الشريعة الإسلامية شريعة عامة يتوجه فيها الخطاب للجميع بصرف النظر عن موطنهم أو ديانتهم، وقد اختلف الفقهاء في مدى التزام القاضي بالحكم في المنازعة التي يكون أطرافها من غير المسلمين، فذهب الظاهرية والزيدية إلى أن القاضي المسلم يجب عليه الفصل في الخصومة القائمة بين غير المسلمين ولو توافر رضا الترافع إليه من جانب أحد الأطراف فقط. ينظر: ابن حزم، المحلى، تحقيق: محمد منير الدمشقي، نشر إدارة الطباعة المنيرية، ط1، 1352هـ، ج9 ص425.

أما الشافعية فقد اشترطوا رضا أطراف الخصومة إذا كانوا من المستأمنين أما إذا كانوا من الذميين فيكفي توافر الرضا من جانب أحد الأطراف. ينظر: الشافعي، أحكام القرآن، تحقيق: عبد الغني عبد الخالق، مكتبة الخانجي، ط2، 1414هـ - 1994م، ج2 ص76 وما بعدها. ووافق المذهب الحنبلي في هذا الاتجاه، ابن قدامة، المغني، ج8 ص535.

أما المالكية فقد اشترطوا هذا الرضا سواء تعلق الأمر بمنازعات المستأمنين أو الذميين. ينظر: مالك بن أنس المدونة الكبرى، ج4 ص161، وذهب الحنفية إلى وجوب التفرقة بين مسائل الأحوال الشخصية خاصة الزواج وغيرها من المسائل حيث اشترطوا رضا الخصمين في النوع الأول من المسائل فقط. ينظر: أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق: محمد صادق قمحاوي، دار إحياء الكتب العربية، مؤسسة التاريخ العربي، 1412هـ - 1992م، م2 ص135.

(2) ينظر: سيد عبد الله حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، دار السلام بالقاهرة، 1421هـ، ج1 ص91، 92.

خلاصة القول: تقوم فكرة تنازع القوانين، على تحديد القانون الواجب التطبيق في مجال العلاقات والروابط الخاصة الدولية؛ أي علاقات الأفراد على الصعيد الدولي، وهي العلاقات التي تحتوي على عنصر أجنبي.

وحتى نكون أما تنازع تام وفق ما تقتضيه قواعد القانون الدولي الخاص يجب أن تتوفر بعض الشروط الخاصة.

قام الفقهاء المسلمون بتقسيم العالم إلى قسمين أساسيين: دار الإسلام ودار الحرب، ودار الإسلام هي الدولة الإسلامية، التي يسيطر عليها المسلمون ويتولون سلطة الحكم بها، و تعتبر كذلك ولو كان من بين قاطنيتها أشخاص من غير المسلمين.

أما دار الحرب فهي الدول الأجنبية التي لا تخضع للحكم الإسلامي، ولا يسيطر عليها المسلمون، وهي تعتبر كذلك، ولو كان من بين من يقطنها أشخاص مسلمون.

### المبحث الثالث: مناهج معالجة التنازع بين القوانين

المقصود بالمناهج، هي الطريقة التي ينتهجها المشرع الوطني أو الدولي، لصياغة تنظيم مسألة تنازع القوانين، و التي يجب على القاضي المعروض عليه النزاع، أن يأخذ بهذه الوسيلة المحددة في التشريع، خلال بحثه عن الحلول للعلاقات القانونية المتنازع بشأنها. ساد هذا المنهج (الطريقة التي يعالج بها التنازع بين القوانين) منذ القرون الوسطى، و هو معتمد في جل الأنظمة القانونية الوطنية، هذا المنهج يقوم على فكرة الإسناد، التي بمقتضاها يتم إسناد العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي و المتنازع بشأنها، إلى قواعد التنازع الخاصة بها في القانون الوطني، حتى يتحدد فيما بعد أي القانون الواجب التطبيق عليها.

#### المطلب الأول: وسائل معالجة التنازع بين القوانين

الوسائل التي يمكن أن يعالج بها تنازع القوانين، هي وسائل داخلية، وهي القواعد الخاصة بحل التنازع بين القوانين، وأخرى دولية، مثل المعاهدات، وفي ما يلي بيانها:

##### الفرع الأول: الوسائل الداخلية

خلال النصف الثاني من القرن الثامن عشر، أصبح القانون الداخلي لكل دولة يتضمن القواعد الخاصة بحل تنازع القوانين، وتعيين القانون الواجب تطبيقه في القضايا ذات الطرف الأجنبي، إلى جانب القواعد الأخرى، غير أننا لا نجد الأحكام الخاصة بتنازع القوانين مجموعة، أو مستقلة أسوة بالقانون المدني أو التجاري.. الخ<sup>(1)</sup>.

لذلك قد نجد هذه الأحكام ضمن المبادئ العامة للقانون المدني، كما في الجزائر ومصر وسوريا..، ووردت في بلغاريا ضمن قانون الأسرة، وقد ترد هذه الأحكام ضمن قانون مستقل في بعض الدول، مثل اليابان والصين وهولندا وتركيا<sup>(2)</sup>.

##### الفرع الثاني: الوسائل الدولية

يعبر عنها بالمعاهدات والاتفاقيات الدولية، فهناك معاهدات جماعية بين مجموعة من الدول، واتفاقيات ثنائية بين دولة وأخرى، عقدت خصيصا لحل تنازع القوانين أهمها: اتفاقية تنازع القوانين المتولدة من الزواج سنة 1902م، واتفاقية تنازع القوانين المتولد من التفريق والطلاق سنة 1902م، واتفاقية تنازع القوانين المتولد من الزواج وأموال الزوجين سنة 1905م، ومعاهدة لوزان سنة 1923م، واتفاقية الصلاحية العدلية الملحقة بها، و اتفاقية

(1) ينظر: نسرين شريفي وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 25.

(2) ينظر: دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، ص 53.

لاهاي منها على سبيل المثال، تفاقية 15 يونيو 1955م، المتعلقة بتسوية الاختلافات بين قانون الجنسية وقانون مكان الإقامة، وغيرها من الاتفاقيات<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني: مراحل حل التنازع بين القوانين

تبدأ عملية حل التنازع بين القوانين، بتأكد القاضي المعروض عليه النزاع المختص بالعلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، تأكده من اختصاص محكمته بنظر الدعوى، ينتقل إلى المرحلة اللاحقة، وهي مرحلة تحديد الوصف القانوني الصحيح لموضوع النزاع، أو الفكرة المسندة، وهي ما يطلق عليها بمرحلة (التكييف).

إذ أن قواعد الإسناد بوصفها الآلية المتبعة لحل التنازع، وتحديد القانون المختص إنما ترد على سبيل الحصر، فلكل فكرة مسندة قاعدة إسناد تخصها، فلأهلية قاعدة إسناد، والالتزامات التعاقدية والوصية والميراث وهكذا...<sup>(2)</sup>

### الفرع الأول: مفهوم التكييف

تعتبر مسألة التكييف<sup>(3)</sup> من الأهمية بمكان فيه بمثابة الإحداثيات، والتي بموجبها يستطيع القاضي أن يحدد القانون الواجب التطبيق على المسألة المعروضة أمامه، وهذه العملية لا تظهر فقط في مجال القانون الدولي الخاص، بل هي مشكلة تفرض نفسها أمام كل نزاع أوفي مختلف فروع القانون، فكلما كان القاضي مطالباً بالفصل في نزاع ما، كان عليه بداية تكييف هذا النزاع سواء تعلق الأمر بمسائل القانون المدني، أو الأسرة، أو القانون التجاري، أو الجنائي، أو العمل...<sup>(4)</sup>.

يكمن حل هذه الصعوبات في التكييف، الذي سيكون أول عنصر مخصص للتعريف به، أما العنصر الثاني مخصص لذكر أهميته.

(1) ينظر: غالب الدودي، حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج1 ص59.

(2) ينظر: بحث بعنوان: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، منتدى الحقوق والعلوم القانونية، الموقع

<http://www.droit-dz.com>، تاريخ الزيارة 2013/6/29م.

(3) التكييف في اللغة من كاف الشيء يكيّفه تكييفاً بمعنى قطعه، وهو اسم معناه الاستفهام، ينظر: ابن منظور، لسان العرب، لسان العرب، ج13 ص143، الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ص851، 852 مختصر، وسيأتي تفصيله لاحقاً.

(4) ينظر: عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هوم، الجزائر، ط2،

2007م، ج1 ص91.

### أولاً: تعريف التكييف

إن كل دعوى ترفع أمام المحكمة، يكون على القاضي أولاً أن يحدد طبيعتها حتى يعرف سندها القانوني، ومدى اختصاصه بها، والتكييف بهذا المعنى هو: « فالتكييف إذن هو نشاط فكري وذهني يقوم به القاضي ليتعرف من خلاله على طبيعة المنازعة تمهيداً لإدراجها تحت أحد الأفكار المستمدة، ليتوصل إلى قاعدة الإسناد المحدد بقاعدة الإسناد.»<sup>(1)</sup>

وهناك تعريف آخر هو: « عملية فنية تستهدف تحديد الطبيعة أو الوصف القانوني للمسألة، التي تثيرها وقائع المنازعة ذات العنصر الأجنبي، وذلك بغية إدراجها في طائفة معينة من طوائف العلاقات القانونية، التي وضع لها القانون قاعدة تنازع»<sup>(2)</sup>.

يتضح من خلال التعريف أن التكييف هو عملية أولية، على القاضي أن يقوم بها، من أجل تصنيف القضية محل النزاع، وإدراجها في المجموعة التي لها صلة بها حتى يسهل حلها.

### ثانياً: أهمية التكييف

تتجلى أهمية التكييف في مجال القانون الداخلي، بوصفه عملية أولية لازمة لإخضاع الواقعة القانونية محل النزاع، للنص القانوني الذي يحكم هذا التصرف أو تلك الواقعة<sup>(3)</sup>. إذا كان للتكييف أهميته السابقة في القانون الداخلي، فإن أهميته تزداد بصفة خاصة في مجال القانون الدولي الخاص، ذلك أن قواعد الإسناد لا تضع حلاً لكل من المسائل التي تطرح أمام القضاء على حدة، وإنما هي تضع حلاً لكل طائفة، مثلاً القاعدة التي تقضي بإخضاع أهلية الأشخاص لقانون جنسيتهم، تتضمن الأهلية كفكرة مسندة، و ضابط الإسناد هو الجنسية<sup>(4)</sup>.

إن اختلاف القوانين في تحديد الوصف القانوني للمسألة، بسبب ذاتية تكييفات كل

(1) ينظر: بليغ حمدي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، ص 109.

(2) ينظر: أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص الجنسية- الموطن- معاملة الأجانب- التنازع الدولي للقوانين- المرافعات المدنية الدولية دار النهضة العربية، القاهرة مصر، ط1، 2000م، ص 677.

(3) ينظر: عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 93.

(4) ينظر: بحث بعنوان: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، منتدى الحقوق والعلوم القانونية، الموقع

<http://www.droit-dz.com>، تاريخ الزيارة 29/6/2013م.



نظام قانوني والمفاهيم السائدة فيه، يجعل تصرفا واحدا محلا لعدة تكييفات مختلفة<sup>(1)</sup>.  
مثلا ما يعتبر من الشكل في بلد، قد يعتبر من الأهلية في بلد آخر، و الواضح في  
مثالنا أن كلا من الأهلية و الشكل، يمثل فكرة مسندة متميزة عن الأخرى، يحكم كل منهما  
ضابط إسناد معين<sup>(2)</sup>.

إذن كون التكييف يأتي كمرحلة أولية و ضرورية، قبل الإسناد، و كذا الاختلاف بين  
التشريعات في وصف التصرفات القانونية، هو الذي يكسب التكييف أهميته<sup>(3)</sup>.  
رغم الأهمية البالغة للتكييف في القانون الدولي الخاص، إلا أن هذا لا ينفي وجود  
صعوبات تعترض القاضي أثناء التكييف، و التي سنبينها فيما يلي:

إن صعوبة التكييف تزداد في القانون الدولي الخاص، عنها في أي فرع من فروع  
القانون الأخرى، و تنجم هذه الصعوبات عن اختلاف النظم القانونية فيما بينها في تحديد  
الأوصاف القانونية للمسائل، و إلى اختلافها في تحديد الطوائف التي يمكن رد هذه المسائل  
إليها، فما يعد وفقا لقانون دولة ما من آثار الزواج الشخصية، قد يعتبر وفقا لقانون دولة أخرى  
من الأهلية، و ما قد يعتبر في دولة ما من الشروط الموضوعية، للزواج قد يعد في دولة أخرى  
الشروط الشكلية للزواج<sup>(4)</sup>.

ويترب على اختلاف النظم القانونية، في تحديد الوصف القانوني لنفس المسألة، أن  
تكتسب مشكلة تنازع القوانين صعوبة إضافية، ذلك أن النزاع ذو طابع دولي، لا يثير تنازعا  
بين قوانين الدول، حول القانون الذي يتعين أن تخضع له هذه المسألة فقط، بل إنه يثير أيضا  
تنازعا بين هذه القوانين، حول القانون الذي يتعين أن يتحدد بمقتضاه الوصف القانوني لها، و  
الذي يتم عن طريق رد المسألة إلى طائفة قانونية معينة خصها المشرع بقاعدة إسناد<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص91.

(2) ينظر: بحث بعنوان: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، منتدى الحقوق والعلوم القانونية، الموقع  
<http://www.droit-dz.com>، تاريخ الزيارة 2013/6/29م.

(3) ينظر: زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص91.

(4) ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص76،77.

(5) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص79.

### ثالثاً: موقف التشريعات من مسألة التكييف

إن نظرية التكييف لقانون القاضي أو قانون المحكمة، كانت مقبولة في معظم الدول<sup>(1)</sup>، ومن خلال هذا العنصر سنتطرق لموقف القوانين المقارنة أولاً، ثم موقف المشرع الجزائري ثانياً.

#### 1- التكييف في القانون المقارنة

نصت المواد الآتية: المادة (11) مدني أردني، المادة (17) مدني عراقي، المادة (15) مدني إيطالي، المادة (15) مدني برتغالي...، و غيرها من المواد، على أن القانون الوطني هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات، في قضية تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها<sup>(2)</sup>، و من أجل التعرف أكثر على ذلك سنتطرق بشيء من التفصيل إلى بعض القوانين المقارنة.

#### أ- التكييف في القانون المصري

من خلال المادة (10) من القانون المدني المصري، نجد أن المشرع المصري قد أخذ بمذهب (بارتان) حيث تنص المادة: « القانون المصري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها »<sup>(3)</sup>.

من خلال ظاهر هذه المادة يتبين أن المشرع المصري، قد ميز بين التكييف الأولي<sup>(4)</sup>، والتكييف الثانوي<sup>(5)</sup>، إذ أن النص كان صريحاً في ذلك من قوله: « عندما يطلب تحديد نوع العلاقة لمعرفة القانون الواجب التطبيق ».

و هذا ما يمكن أن نؤوله، إلى أن المرجع في التكييف الأولي، هو القانون المصري قانون القاضي، إضافة إلى ذلك فإن المادة (10) قد أشارت إلى أن مهمة القانون المصري تنتهي في التكييف، أي بتحديد القانون الواجب التطبيق، ليرجع القاضي بعد ذلك إلى القانون المختص، و يطبقه في مسائل التكييفات الثانوية بمناسبة تطبيقه للقانون المختص.

(1) ينظر: ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين-، ص46.

(2) ينظر: ممدوح عبد الكرم حافظ، القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين-، المرجع نفسه، ص46.

(3) القانون المدني: جمهورية مصر العربية قانون رقم 131 لسنة 1948م، بتاريخ 29 / 7 / 1948م.

(4) التكييف الأولي: من خلال المادة (10) يفهم أنه هو: البحث عن القانون الواجب التطبيق.

(5) التكييف الثانوي: عند معرفة القانون الواجب التطبيق، يبحث عن الحكم الخاص بالواقعة القانونية في فروع القانون. سيأتي التفصيل فيه في محله إن شاء الله.

و فيما يخص الاستثناء الذي يتعلق بتكييف المال، فقد نصت المادة (10فقرة2) من مشروع القانون المدني المصري على: « القانون الذي يعين ما إذا كان الشيء عقارا أو منقولا هو قانون الجهة التي يوجد فيها هذا الشيء».

غير أن هذه الفقرة حذفت من المشروع، و التعليل الذي جاء بهذا الشأن، هو أن مسألة تكييف المال مسألة تفصيلية يستحسن أن تترك للاجتهاد<sup>(1)</sup>.

### ب- التكييف في القانون اللبناني

على عكس القانون المصري، لا يوجد نص صريح في القانون اللبناني يخضع التكييف لقانون القاضي، و من أجل معرفة الحل، المعمول به في لبنان لا بد أن نتطرق إلى موقف الفقه ثم موقف القضاء<sup>(2)</sup>.

أ- موقف الفقه: عدم وجود نص صريح في القانون اللبناني، حول القانون الذي يخضع له التكييف، أفسح المجال للآراء الفقهية، على أن غالبية الفقه أخذت بنظرية بارتان التي تخضع التكييف لقانون القاضي<sup>(3)</sup>.

ب- موقف القضاء: إن القرارات القضائية اللبنانية تشير في مجملها، إلى أن القضاء اللبناني قد أخضع التكييف لقانون القاضي<sup>(4)</sup>.

### 2- موقف المشرع الجزائري

إن القضاء الفرنسي أول من أخضع التكييف لقانون القاضي، حيث قام الفقيه الفرنسي (بارتان) بوضع نظرية التكييف، من خلال ما يعرف بوصية الهلندي، وقضية ميراث

<sup>(1)</sup> ينظر: محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية مصر، ط1، 2006م، ص406،407.

<sup>(2)</sup> ينظر: عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002م، ص139.

<sup>(3)</sup> وينظر: بحث بعنوان: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، منتدى الحقوق والعلوم القانونية، الموقع <http://www.droit-dz.com>، تاريخ الزيارة 2013/6/29م.

<sup>(4)</sup> ينظر: عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين دراسة مقارنة، ص146.

المالطي، وهما واقعتان تاريخيتان<sup>(1)</sup>.

أما المشرع الجزائري فقد أخذ بما أخذ به القضاء الفرنسي، مكرسا القرار المبدئي الصادر في قضية زواج اليوناني<sup>(2)</sup>.

جاء في المادة (9) من القانون المدني الجزائري: « يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه»<sup>(3)</sup>.

يتضح من نص المادة (9) أن المشرع الجزائري، أخضع التكييف لقانون القاضي، و يكون بذلك قد تبنى رأي القضاء الفرنسي و الفقيه (بارتان) في التكييف.

يلاحظ أن هذه المادة قد قصرت التكييف، وفقا لقانون القاضي على التكييف الأولي الذي غرضه، «معرفة القانون الواجب تطبيقه»، واستبعدت التكييفات اللاحقة؛ لأنه لا علاقة لها بالاختصاص التشريعي، و تدخل في إطار تطبيق القانون الأجنبي المختص، و بذلك يكون المشرع الجزائري، قد أخذ بالتمييز الذي قال به بارتان، بين التكييف الأولي و التكييف الثانوي، فالأول دون الثاني، هو الذي يخضع لقانون القاضي<sup>(4)</sup>.

كما أن المادة (9) أخذت بالقاعدة العامة لنظرية بارتان أي قانون القاضي، لكن هذا يدفعنا للتساؤل، هل أخذ المشرع فقط بالقاعدة العامة دون الاستثناء؟.

للإجابة على هذا التساؤل لابد من الرجوع للمواد (17-21) من القانون المدني الجزائري، المادة (17): « يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولا لقانون الدولة التي يوجد فيها.

يسري على الحيازة و الملكية و الحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار، و يسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها».

(1) - وصية الهولندي: حكم محكمة استئناف أورليان في 4/8/1857م.

- ميراث المالطي: حكم محكمة استئناف الجزائر بتاريخ 24/12/1889م. ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 77، 78.

(2) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص 78، 79.

(3) تناول المشرع الجزائري التكييف في المادة (9) من القانون المدني الجزائري.

(4) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ص 94.

من منطوق هذه المادة، أنها نصت صراحة على أن الأموال تخضع في تكييفها إلى (منقول أو عقار) لقانون المكان الذي يوجد فيه المال، ولا يخضع لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع.

أما فيما يخص المنقولات، فإنها تخضع لقانون البلد الذي توجد به وقت تحقيق السبب الحصول على المنقول، وفي هذا الصدد نجد: « إذا لم يكن المال موجودا فعليا ضمن الإقليم الجزائري، نظرا لوجوده ضمن إقليم أجنبي تحت ولاية قانون يكيّفه بصفته عقارا، أي أن التكييف بصفته منقول أو عقار يعتبر حينئذ تكييفا ثانويا، و لا يعود إلى قانون القاضي و إنما إلى القانون المختص بحكم العلاقة »<sup>(1)</sup>.

المادة (21) من القانون المدني الجزائري: « لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر ». وبالتالي فالمادة (9) توجد ضمن المواد التي أشارت إليها المادة (21).

يستخلص من المادة (21)، أنه إذا نصت معاهدة دولية على القانون الذي يحكم التكييف في أحكامها، فعلى القاضي أن يجري التكييف وفقا لهذه الأحكام، أما إذا لم تنص المعاهدة على ذلك فهناك رأيان:

- الرأي الأول: يقول بالتكييف وفقا لقانون القاضي؛ لأن المعاهدة تدمج في النظام القانوني الداخلي للقاضي، و بالتالي يكون التكييف وفقا لقانونه<sup>(2)</sup>.

- الرأي الثاني: يقول بالتكييف للقانون المختص بحكم النزاع<sup>(3)</sup>.

إضافة للمادتين السابقتين، فإن الفقهاء يدرجون استثناء ثالث، هو الجريمة أو تكييف الفعل الضار، هل هو جنائية أو جنحة، فيخضع هذا التكييف لقانون مكان وقوع الفعل<sup>(4)</sup>.

لكن في هذا الاستثناء الأخير، نلاحظ أنه يدخل في نطاق القانون العام، و بالأخص الجنائي الذي يخضع لمبدأ الإقليمية، وقد أشرت إليه في عنصر أنواع التنازع.

كما أن هذه الاستثناءات، تكون في الحالات التي لا تتطلب فيها المسألة تحديد

<sup>(1)</sup> ينظر: عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 107.

<sup>(2)</sup> ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص 71.

<sup>(3)</sup> ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، ص 86.

<sup>(4)</sup> ينظر: عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 108.

القانون الواجب التطبيق، ما دام القانون الواجب التطبيق معروف مسبقاً<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: عناصر قاعدة الإسناد

يقوم هذا المنهج على فكرة قواعد الإسناد، التي بمقتضاها يتم إسناد العلاقة القانونية المتنازع بشأنها، بسبب احتوائها على عنصر أجنبي، إلى قواعد التنازع الخاصة بها، في القانون الوطني، ولكي يتحدد فيما بعد القانون الواجب التطبيق عليها، قبل هذا نعرف قاعدة الإسناد، ثم نذكر طبيعتها، من خلال العنصرين الآتيين.

### أولاً: مفهوم قاعدة الإسناد و طبيعتها

وفقاً لمبدأ المجاملة الدولية السالف ذكره في الجانب التاريخي لظهور النظرية، سعت الدول لوضع أسلوب قانوني، لسن قواعد قانونية معينة، يسهل من خلالها حل قضايا التنازع الدولية، وهذه القواعد، هي التي تساعد القاضي على الفصل في العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، وهذا ما سأبينه في مايلي<sup>(2)</sup>.

### 1- مفهوم قاعدة الإسناد

تعتبر قاعدة الإسناد، الأساس العام في حل مشكلة تنازع القوانين، فهي تقوم بتحديد القانون المناسب لحكم العلاقة ذات الطابع الدولي، والتي تتزاحم على حكمها أكثر من قانون، ولهذا فإن فقه القانون الدولي الخاص، يعرف قاعدة الإسناد بتعريفات منها. يعرفها البعض هي: « عبارة عن قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني هدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة المشتملة على عنصر أجنبي»<sup>(3)</sup>. وتكون مهمة هذه القواعد، إسناد العلاقة إلى القانون الأكثر ملائمة لحكم العلاقة المتنازع في شأنها، من ضمن بقية القوانين الأخرى المتنازعة؛ لأنه هو أكثرها إيفاء بمقتضيات العدالة من وجهة نظر هذا القانون المختار<sup>(4)</sup>.

ويعرفها البعض الآخر في الفقه بأنها: « هي قواعد وطنية يضعها المشرع الوطني تشير إلى تطبيق القانون الواجب التطبيق، في العلاقات ذات العنصر الأجنبي هدفها تحقيق العدالة

(1) ينظر: عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 108.

(2) ينظر: تنازع القوانين، منتدى كلية الحقوق جامعة المنصورة مصر، الموقع: <http://www.f-law.net> تاريخ الزيارة 2013/6/29م.

(3) ينظر: هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دار الفكر الجامعي، شركة الجلال للطباعة، 2006م، ص 213.

(4) ينظر: إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، 2002م، ص 153.

والمنفعة، ولا تصطدم بمصالح الدولة العليا أو السياسية»<sup>(1)</sup>.

وفي كل دولة نجد قواعد خاصة بالإسناد، قد تكون مكتوبة، أو قد تكون تضمنتها قوانينها المدنية، أو غيرها من القوانين<sup>(2)</sup>، أو قد تكون صادرة بشكل قانون مستقل<sup>(3)</sup>، أو قد تكون على شكل قواعد دولية<sup>(4)</sup>.

## 2- طبيعة قواعد الإسناد

اختلف الفقه حول تحديد طبيعة قواعد الإسناد، هل هي جزء من القانون الخاص؟، أم من القانون العام؟، أم هي ذات طبيعة خاصة؟، وظهر في هذا الصدد عدة اتجاهات هي - الاتجاه الأول: يرى أن قاعدة الإسناد، ذات وظيفة قانونية، تتمثل في توزيع الاختصاص التشريعي بين الدول، وهي بذلك تتبع القانون العام<sup>(5)</sup>.

لكن أنتقد هذا الرأي، من زاوية أن قواعد الإسناد ينحصر دورها في اختيار أنسب القوانين، لحكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي<sup>(6)</sup>.

- الاتجاه الثاني: يذهب هذا الرأي إلى اعتبار قواعد الإسناد، تدخل في إطار القانون الخاص؛ لأنها تؤدي وظيفتها في نطاق روابط القانون الخاص، إذ نجد معظم قواعد الإسناد تتعلق بمسائل انعقاد الزواج، الطلاق، الميراث و الوصية... الخ، أي أنها تدخل كلها ضمن روابط القانون الخاص، الذي ينظم العلاقة بين الأفراد<sup>(7)</sup>.

(1) ينظر: تنازع القوانين، منتدى كلية الحقوق جامعة المنصورة مصر، الموقع: <http://www.f-law.net>

تاريخ الزيارة 2013/6/29م.

(2) وهو ما ذهب إليه القانون المدني الجزائري لسنة 1975م، والقانون المدني السوري لسنة 1949م، والمدني الأردني 1976م، والمدني الليبي لسنة 1953م، ومشروع القانون المدني العراقي لسنة 1986م، والمصري لسنة 1948م، والإيطالي لسنة 1942م.

(3) مثل القانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1999م، القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1979م، القانون الدولي الخاص البولوني لسنة 1965م، القانون الدولي الخاص لإيطاليا سنة 1999م، القانون الدولي الخاص الفنزويلي لسنة 1999م، وغيرها، ينظر: عوض الله شيبية الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ط2، 1977م، ص333 وما بعدها.

(4) ينظر: عوض الله شيبية الحمد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ص332.

(5) ينظر: إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص156.

(6) ينظر: هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، ص209.

(7) ينظر: عوض الله شيبية الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ص373.

غير أن هذا الرأي، كذلك مردود عليه، باعتبار أن القضاء الوطني في بعض الأحوال، قد لا يجد مخرجاً من الرجوع إلى قوانين الدول الأجنبية، في الأحوال التي يدفع فيها أمامه بعدم دستورية القانون الأجنبي الواجب التطبيق، بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية<sup>(1)</sup>.  
و عليه فإن قاعدة الإسناد، هي قاعدة خاصة إذا ما أدت إلى تطبيق قانون خاص، والوضع المتقدم هو نتيجة حتمية لانعكاس التقسيم التقليدي، لقواعد القانون إلى عام وخاص على قواعد الإسناد، طالما ظل هذا التقسيم قائماً<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: عناصر قاعدة الإسناد وخصائصها

تتكون قاعدة الإسناد من عناصر مكونة لها، وتتمتع بخصائص أهلتها إلى ما هي عليه في القانون الدولي الخاص، وبيان ذلك في الفقرات الآتية.

#### 1- عناصر قاعدة الإسناد

تتكون قاعدة الإسناد من ثلاثة عناصر جوهرية، و بها ينعلم وجودها القانوني كلما تخلف عنصر منها، وهذه العناصر هي:

#### أ- الفكرة المسندة:

إن المراكز والعلاقات القانونية المتضمنة لعنصر أجنبي، لا تدخل تحت تصنيف واحد، أو محصورة فئات معينة، لذلك يقوم المشرع الوطني، عن طريق قواعد الإسناد، بتصنيف هذه المراكز وتلك العلاقات إلى أصناف وفئات مختلفة، تسمى كل فكرة أو صنف منها موضوع قاعدة الإسناد، أو الفكرة المسندة، وتتضمن كل فكرة مسندة العلاقات والمراكز المتشابهة، أو المتقاربة<sup>(3)</sup>.

إن كثرة المسائل القانونية وتعدددها، يجعل من المستحيل وضع لكل منها قاعدة إسناد خاصة بها، لذلك فإن المشرع قد عمد إلى وضع فئات معينة تسمى بالفئات المسندة، ولكل فئة منها تتضمن المسائل القانونية المتشابهة، ثم تربط كل فئة بقانون معين عن طريق ضابط خاص هو ضابط الإسناد<sup>(4)</sup>.

مثال ذلك، الفكرة المسندة الواردة في نص المادة (17) من القانون المدني

(1) ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص 64.

(2) ينظر: هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، ص 213.

(3) ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص 49.

(4) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، ص 70.



الجزائري، التي تتضمن كل الحالات القانونية المتعلقة بكسب الملكية، والحيازة، والحقوق العينية، فكرة مسندة واحدة هي مركز الأموال<sup>(1)</sup>.

ويمكن أن تتضمن الفكرة المسندة أكثر من موضوع، ومثال ذلك الفكرة المسندة الموجودة في نص المادة (10) من القانون المدني الجزائري، حيث تضمنت إلى جانب مسألة حالة الأشخاص وأهليتهم، بمعنى الحالة موضوع، والأهلية موضوع آخر، واعتبار الفكرة المسندة واقعة قانونية، فهي تخضع إلى رقابة المحكمة العليا في تحديد مضمونها<sup>(2)</sup>.

#### ب- ضابط الإسناد

وهو العنصر الثاني من عناصر أو أركان قاعدة الإسناد، ويعرفه البعض بأنه: « المرشد أو المعيار المختار، الذي يرشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق، على المركز القانوني »<sup>(3)</sup>. يتم تصنيف المسائل القانونية المشتملة على عنصر أجنبي، إلى فئات مسندة وذلك بإسناد كل فئة منها إلى قانون معين عن طريق رابطة تدعى بضابط الإسناد<sup>(4)</sup>.

وتنقسم هذه الرابطة، إلى روابط قانونية كالجنسية والموطن، وروابط واقعية كمحل الإبرام وموقع العقار.

- اختيار ضابط الإسناد: إذا كان المشرع يختار ضابط الإسناد من عناصر العلاقة، فإن من الأهمية بمكان، يأخذ بالعنصر الذي له ثقل كبير في العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، وينتقي منه ضابط الإسناد الذي يكون مرشداً لتطبيق القانون المختص<sup>(5)</sup>.

مثال: المشرع الجزائري في مسألة الحالة والأهلية، جعل ضابط الإسناد هو الجنسية، وهذا لم يكن عفويا، وإنما اختاره لثقل عنصر الأشخاص، وما يمثله من أهمية قصوى في مجال

(1) ينظر: تنازع القوانين، منتدى كلية الحقوق جامعة المنصورة مصر، الموقع: <http://www.f-law.net>

تاريخ الزيارة 2014/05/09م.

(2) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، ص 70.

(3) ينظر: تنازع القوانين، منتدى كلية الحقوق جامعة المنصورة مصر، الموقع: <http://www.f-law.net>

تاريخ الزيارة 2014/05/09م.

(4) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، ص 71.

(5) ينظر: تنازع القوانين، منتدى كلية الحقوق جامعة المنصورة مصر، الموقع: <http://www.f-law.net> تاريخ

الزيارة 2014/05/09م.

## الأحوال الشخصية<sup>(1)</sup>.

كما أن لاختيار ضابط الإسناد في كل دولة خلفية سياسية تاريخية، فالدول المصدرة للسكان تأخذ بالجنسية كضابط إسناد لها، أما الدول المستقبلية للسكان فتأخذ بالمواطن ضابط إسناد لها<sup>(2)</sup>.

- اعتماد تعدد ضوابط الإسناد في العلاقة القانونية الواحدة في العلاقة ذات العنصر الأجنبي، مثل ما ورد في المادة (20) من القانون المدني الجزائري، التي تجعل الفعل يخضع إلى قانون مكان ارتكابه، إلا أنه يمكن أن يكون هناك أكثر من ضابط إسناد، في علاقة واحدة ذات عنصر أجنبي، وفي هذه الحالة نميز بين ثلاث أنواع لضوابط الإسناد:

1- الضابط التوزيعي: مثل ما نصت عليه المادة (11) من القانون المدني الجزائري: « تسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين ». من منطوق هذه المادة، أي بمعنى أن تتوافر الشروط في الزوج باعتبار قانونه، وفي الزوجة باعتبار قانونها، و يوزع الضابط على أطراف العلاقة ككل.

2- الضوابط الترتيبية: وتكون حسب الترتيب، إن لم يوجد الضابط الأول ننتقل إلى الثاني وهكذا<sup>(3)</sup>، مثل ما نصت عليه المادة (18) من القانون المدني الجزائري، حول الالتزامات التعاقدية لها أكثر من ضابط، إن لم نجد ضابط قانون الإرادة، نأخذ بضابط قانون الموطن المشترك، وإن لم يوجد ننتقل إلى ضابط قانون محل الإبرام.

3- ضوابط الإسناد ذات التطبيق الاختياري: وهو ما نصت عليه المادة (19) من القانون المدني الجزائري، التي أعطت الاختيار للمتعاقدين بين قانون المحل، و قانون الموطن المشترك، بالنسبة إلى شكل العقود، وذلك بهدف إعطاء فرصة للأطراف، لاختيار القانون الأنسب الذي يحكم العلاقة بينهما<sup>(4)</sup>.

- تثبيت ضوابط الإسناد: عندما يضع المشرع ضابط الإسناد، عليه أن يثبتته في لحظة زمنية

(1) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، ص 70.

(2) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، ص 70.

(3) ينظر: صلاح الدين جمال الدين، نظرات في القانون الواجب التطبيق وفقا للمادة (42 فقرة1) من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، 1995م-1996م، ص15، 16.

(4) ينظر: أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، ط1، ص 108- 110.

معينة؛ لتفادي النزاع المتحرك، ويقصد هنا ضوابط الإسناد المتغيرة، مثل الجنسية ومكان وجود المنقول والموطن<sup>(1)</sup>.

### ج- القانون المسند إليه

وهو العنصر الثالث من عناصر قاعدة الإسناد، وهو القانون الواجب التطبيق على العلاقة ذات العنصر الأجنبي، التي هي محل النزاع بين قانونين أو أكثر، فهذا القانون الذي أرشدتنا إليه قاعدة الإسناد، بواسطة ضابط الإسناد المختار من طرف المشرع، هو القانون المعبر عنه بالقانون المسند إليه<sup>(2)</sup>.

أما القانون المسند إليه قد لا يكون قانونا أجنبيا بعينه، فقد تشير قاعدة الإسناد، أن القانون الوطني هو المختص، كما هو في المادة (13) من القانون المدني الجزائري، « يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين، (11) و(12)، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج »، فهي تنص صراحة على تطبيق القانون الجزائري، على العلاقة الزوجية التي يكون أحد أطرافها جزائريا<sup>(3)</sup>.

فإذا كان القانون المسند إليه، هو القانون الأجنبي، لا بد من تحديد نطاقه؛ لأن كل الدول قوانينها تتضمن قواعد موضوعية تحل مشاكل رعايا الدولة، وقواعد تنازع تحل المشاكل ذات العنصر الأجنبي<sup>(4)</sup>.

### ثالثا: خصائص قاعدة الإسناد

تتميز قاعدة الإسناد عن غيرها، من القواعد القانونية الأخرى بأنها غير مباشرة، وهذا إذا ما نظرنا إلى آثار تطبيقها، ومع ذلك الراجح ما يذهب إليه البعض، من أنها تتمتع بخاصية ثالثة وهي : أنها قاعدة غير محددة المضمون، وكذلك أنها محايدة ومجردة.

#### 1- قاعدة الإسناد قاعدة غير مباشرة

أي أن دورها يقتصر على تحديد القانون المختص، الواجب التطبيق على هذا النزاع،

(1) ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص85.

(2) ينظر: نسرين شريفي وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص32.

(3) ينظر: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، منتدى الحقوق والعلوم القانونية، الموقع:

<http://www.droit-dz.com> ، تاريخ الزيارة 2013/6/29م.

(4) - إلا أن الفقه يرى أن النزعة الإقليمية والسياسية، غالبا ما تتدخل لمحاولة التأثير على مشرعي كثير من الدول، وذلك بوضع قاعدة إسناد احتياطية، تسلب الاختصاص من القانون الأجنبي، لصالح حظوظ تطبيق القانون الوطني. ينظر: عوض الله شيبية الحمد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ص340.

على عكس بعض القواعد الأخرى الداخلة في مجال الدولي الخاص، فهي قواعد مباشرة مثل: قانون الجنسية، القواعد المنظمة لحقوق الأجنبي<sup>(1)</sup>.

ونخلص في الأخير، إلى أن قاعدة الإسناد، لا تضع لنا الحل النهائي لموضوع النزاع المثار أمام القاضي؛ لأن هناك عملية أخرى وهي التطبيق.

## 2- قاعدة الإسناد غير محددة المضمون

أي أنها لا تقوم بتحديد قانون دولة معينة بالذات، لحكم العلاقة ذات العنصر الدولي، فهي تتكفل بالربط بشكل مجرد، بين طائفة معينة من العلاقات ذات الطابع الدولي، وأحد القوانين المرشحة لحكم العلاقة، دون أن تبين لنا ما إذا كان القانون المعني هو مثلا: انجليزي، فرنسي، جزائري.. الخ<sup>(2)</sup>.

لكن يمكن معرفة القانون الواجب التطبيق، من خلال ما قضت به قاعدة الإسناد، إذا كانت العلاقة محددة المعالم، وهذا حسب المواد من (10 إلى 20) من القانون المدني الجزائري.

## 3- قاعدة الإسناد قاعدة مزدوجة الاختصاص

أي إعطاء الاختصاص لأكثر من قانون واحد، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري، في المادة (11) من القانون المدني الجزائري، التي أسندت الاختصاص في الشروط الموضوعية لعقد الزواج، بالنسبة إلى الجزائريين إلى القانون الجزائري، وبالنسبة إلى الأجنبي لقانون جنسيتهم.

وإذا كانت معظم قواعد الإسناد مزدوجة، فهذا لا يعني أنه لا توجد قواعد فردية، تقتصر على اختصاص القانون الوطني فقط<sup>(3)</sup>.

و أمثلة ذلك ما ورد في المادة (10) من القانون المدني الجزائري، التي أسندت الحكم في الحالة والأهلية للأشخاص، إلى القانون الجزائري دون الإشارة إلى حكم القانون الأجنبي.

<sup>(1)</sup> ينظر: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، منتدى الحقوق والعلوم القانونية، الموقع:

<http://www.droit-dz.com> ، تاريخ الزيارة 2013/6/29م.

<sup>(2)</sup> ينظر: أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الخاص النوعي، ص 278.

<sup>(3)</sup> ينظر: أعرب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص 72، 73.

وبالنسبة للأجانب تنص: « تسري القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية ».

#### 4- قواعد الإسناد قواعد محايدة ومجردة

أي أن القاضي عندما يعمل قاعدة الإسناد، فإنه لا يعلم نوع الحل الذي سيعطيه للنزاع؛ لأن ذلك متوقف على معرفته مضمون القانون الذي سيطبقه على النزاع، وهذا القانون قد يكون قانونه، وقد يكون قانونا أجنبيا<sup>(1)</sup>.

#### رابعا: إلزام القاضي بالرجوع إلى قواعد الإسناد

عندما نتبع مواد القانون المدني الجزائري، لا نجد نصا يفصل في هذا الأمر، وهو إلزام القاضي بالرجوع إلى قواعد الإسناد، لكن وجد في هذه الحالة رأيين فقهيين وهما:

- الرأي الأول: باستقراء نصوص قواعد النزاع، من نص المادة (09) إلى نص المادة (24) من القانون المدني الجزائري، في صياغتها يتبين لنا أنها قاعدة آمرة؛ أي القاضي ملزم بها.  
- أما الرأي الثاني: يقول إن القاضي غير ملزم، وحجته في ذلك هو نص المادة (233) فقرة (5) من قانون الإجراءات المدنية لعام 1966م، التي حددت أسباب الطعن بالنقض، وكذا المادة (358) الفقرة (5 و6)، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وما نستخلصه من هذه الأحكام القانونية الواردة، أن المشرع يميز بين نوعين من القوانين الأجنبية<sup>(2)</sup>.

إذا كانت قاعدة النزاع الوطنية، تشير إلى تطبيق قانون أجنبي متعلق بالأحوال الشخصية، فهو ملزم بها، ولو لم يتمسك الأطراف بها؛ لأنها تعتبر من مسائل القانون، والقاضي نفسه ملزم كذلك بالبحث عن مضمون هذا القانون الأجنبي.

أما إذا كانت المسألة من الواقع، فالقاضي غير ملزم بتطبيق قواعد الإسناد، إلا إذا تمسك الأطراف بها، و عبء الإثبات يقع على الطرف الذي يدعي أعمال القانون الأجنبي؛ لأن هذا النص الأجنبي في هذه الحالة، يعامل معاملة الوقائع المتعلقة بالدعوى<sup>(3)</sup>.

وفي الأخير نخلص إلى أن قواعد الإسناد، وضعت لإرشاد القاضي، حتى لا يحد عن

(1) ينظر: أعرب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص74، 75.

(2) ينظر: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، منتدى الحقوق والعلوم القانونية، الموقع:

<http://www.droit-dz.com> ، تاريخ الزيارة 2013/6/29م.

(3) ينظر: أعرب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ص137، و حبار محمد، القانون

الدولي الخاص، ص93.

الغاية التي وضعها المشرع من خلالها، ومن هنا يمكن القول إن القاضي ملزم بالرجوع إلى قواعد الإسناد في قانونه على النحو المبين أعلاه.

كما أنه لا يمكن إجبار القاضي، على الاطلاع على قوانين الدول الأجنبية، وإنما الخصوم هم الملزمون بإثبات مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق، غير أنه ملزم بتطبيق قاعدة التنازع الأجنبية إذا كانت متعلقة بمسألة الأحوال الشخصية، باعتبارها من النظام العام، و لكل دولة خصوصياتها ودياناتها في هذا المجال<sup>(1)</sup>.

### خامساً: معنى قواعد الإسناد في الشريعة الإسلامية

لقد سادت الشريعة الإسلامية، البلاد العربية والإسلامية، لقرون طويلة، ولا زالت تحكم خاصة في مسائل الأحوال الشخصية.

وهنا لابد من الإشارة إلى أن الشريعة الإسلامية، لم تعرف قواعد الإسناد في شكلها الحالي؛ لأن فقهاء المسلمين قسموا العالم إلى دار الإسلام<sup>(2)</sup> ودار الحرب<sup>(3)</sup>، وأحيانا أخرى إلى دار الإسلام، ودار الحرب، ودار عهد<sup>(4)</sup>، وهذا التقسيم لا يستند إلى نص تشريعي من القرآن أو السنة النبوية، وإنما هو تخريج فقهي أتى به علماء المسلمين، نزولا عند ضغط الحاجة العملية.<sup>(5)</sup>

إذن دار الحرب هي الأقاليم غير الإسلامية، والتي لا تطبق فيها الشريعة الإسلامية، لعدم إمكانية ذلك، كما أنها لا تدخل تحت سيطرة المسلمين<sup>(6)</sup>.

وهنا لابد أن أشير إلى أن الدولة الإسلامية، هي من تبسط سيطرتها على جميع الأقاليم التي تحكمها، وتطبق أحكام الشريعة على جميع من يسكنها.

(1) ينظر: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، منتدى الحقوق والعلوم القانونية، الموقع: <http://www.droit-dz.com> ، تاريخ الزيارة 2013/6/29م.

(2) ينظر: ابن قيم الجوزية، أحكام أهل الذمة، تحقيق: أبو براء يوسف بن أحمد البكري، أبو أحمد شاکر بن توفيق العاروري، رمادي للنشر، ط1، 1418هـ-1997م، ج2ص728.

(3) ينظر: علاء الدين أبو الحسن المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، ط2، ج7ص22.

(4) ينظر: محمد أبو زهرة، العلاقات الدولية في الإسلام، دار الفكر العربي، القاهرة، 1415هـ-1995م، ص55.

(5) ينظر: كريم مزعل شيبي، مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، مجلة كربلاء، المجلد الثالث، العدد13، كانون الأول 2005م، البحوث الإنسانية، ص15.

(6) ينظر: ابن قيم الجوزية، أحكام أهل الذمة، ج2ص728.

وعندما تطبق الدولة الإسلامية، أحكام الشريعة الإسلامية على الجميع، هذا يعني أنها أخذت بمبدأ الإقليمية بشكل مطلق، وبالتالي هذا المبدأ يحول دون أن يظهر أي تنازع للقوانين؛ لأنه لا يطبق قانون غير الأحكام الشرعية<sup>(1)</sup>.

غير أن هناك رأي آخر، وهو أن الشريعة الإسلامية أخذت بمبدأ شخصية القوانين؛ لأنها أعطت الحق لغير المسلمين فيما بينهم، انطلاقاً من مبدأ التسامح، أن يحتكموا إلى حكم من ملتهم كما في الأحوال الشخصية، بشرط عدم المساس بالنظام العام المبني على قواعد الشريعة الإسلامية<sup>(2)</sup>.

إلا أن الشريعة الإسلامية لم تعرف وطني أو أجنبي، بمعناها الاصطلاحي المعروف الآن، كما لم تعرف القوانين الحديثة مصطلحات الشريعة في هذا الموضوع، ومن هنا يمكن أن نتعرف فيمن يعتبر أجنبي بالمدلول الحديث للمصطلح في الشريعة الإسلامية، من أجل الوصول إلى أن الشريعة الإسلامية هل عرفت قواعد الإسناد من عدمه<sup>(3)</sup>.

إن الفقه الإسلامي، يميز بين ثلاثة طوائف من الأفراد، يقيمون على إقليم الدولة الإسلامية، وهم المسلمون، والذميون، والمستأمنون، المسلمون لهم ارتباط بالدولة الإسلامية ويحملون جنسيتها، في جميع الحالات.

أما الذميون يرتبطون بالدولة بعقد الذمة، الذي يجعل الذمي غير المسلم من أهل دار الإسلام، ويلتزم أحكام الشريعة في المعاملات في دار الإسلام، ومن ثم تشملته ولاية القضاء الإسلامي إلى منازعتهم، وقد روي عن الإمام علي عليه السلام أنه قال: «إنما قبلوا عقد الذمة لتكون أموالهم كأموالنا ودماءهم كدمائنا»<sup>(4)</sup>.

أما المستأمن، وهو الحربي غير المسلم التابع لدولة غير إسلامية، وأعطى له الأمان في إقليم الدولة الإسلامية بإذن منها، وهو بهذا المعنى الأجنبي في الاصطلاح القانوني<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: كريم مزعل شبي، مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، ص15.

(2) ينظر: محمد أبو زهرة، العلاقات الدولية في الإسلام، ص75، 76.

(3) ينظر: كريم مزعل شبي، مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، ص16.

(4) ينظر: عبد الكريم زيدان، أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، مكتبة القدس، العراق، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1402هـ-1982م، ص70. وينظر: الدار قطني، سنن الدارقطني، ج2 ص350، قال الألباني في إرواء الغليل، ج5 ص103، قال الزيلعي في تخريجه: غريب، قلت: يعني لا أصل له، نصب الراية ج3 ص381.

(5) ينظر: كريم مزعل شبي، مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها، ص16.

وهذا التقسيم، قد يكون عاملا لاختلاف القواعد الموضوعية التي تطبق على هؤلاء، فعلى سبيل المثال اختلاف الدارين مانع من موانع الإرث، أما الأثر في اختلاف الدارين بين غير المسلمين الذميين والمستأمنين، فهو جائز عند بعض الفقهاء المسلمين، وكذلك فيما يتعلق بمسائل الزواج والطلاق<sup>(1)</sup>.

والناظر في الأحكام، التي أخذت بها الشريعة الإسلامية في مجال تنازع القوانين، لوجدناها تتفق مع ما كان ساريا في الغرب في ذلك الوقت، في مجال تطور هذه القواعد في أوروبا، مثل مبدأ الإقليمية المطلقة، أو مبدأ شخصية القوانين.

إن الشريعة الإسلامية ليست قاصرة عن وضع نظرية تنازع القوانين، ولو استمر علماء الشريعة بالاجتهاد لطوروا قواعد إسناد تشير إلى وجوب تطبيق قانون أجنبي غير قانون القاضي، خاصة في الأحوال الشخصية تحقيقا للعدالة وصونا للحقوق المكتسبة<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث: الإحالة

تعرض مسألة الإحالة<sup>(3)</sup> عند التنازع السلبي<sup>(4)</sup>، فإذا وجب تطبيق قانون أجنبي، فهل يكون معنى ذلك، أن تطبق قواعده الموضوعية، أم تطبق أيضا قواعد التنازع فيه، مثال: إذا عرض على القضاء في فرنسا نزاع يجب فيه تطبيق القانون الجزائري، فهل يجب على القضاء الفرنسي أن يقتصر على تطبيق قواعد القانون المدني الجزائري؟، أو القانون التجاري الجزائري؟، أو قواعد الأحوال الشخصية الجزائرية، أو يجب عليه أن يرجع إلى قواعد القانون الدولي الخاص الجزائري، و يطبق ما جاء فيه؟<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: كريم مزعل شبي، مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها، ص16.

(2) ينظر: كريم مزعل شبي، مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها، ص16.

(3) جاء في لسان العرب: « المُخَال من الكلام: ما عدل به عن وجهه، وحوّله جعله محالا، وأحال أتى بمُخَال... ». ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج9 ص1025.

(4) إن التنازع السلبي يكون في حال قضت قواعد الإسناد، في قانون كل دولة من أطراف النزاع بعدم الاختصاص، وتسندته إلى قانون أجنبي غير قانونها، ينظر: نسرين شريف، وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص41.

(5) ينظر: دريال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، ص86.



فإذا قيل يجب على القاضي أن يقتصر على تطبيق الأحكام الموضوعية للقانون الجزائري التي تطبق على الجزائريين، كنا من أنصار رفض الإحالة، وإذا قلنا بأنه يجب أن يرجع إلى أحكام القانون الدولي الخاص في الجزائر، كنا من مؤيدي الإحالة<sup>(1)</sup>.

### أولاً: تعريف الإحالة

الإحالة: « معناها تطبيق قواعد الإسناد في قانون الدولة الأجنبية، الذي تحدد اختصاصه بناءً على قواعد إسناد قانون القاضي، وصولاً إلى تحديد القانون المختص بشكل نهائي»<sup>(2)</sup>.  
يلاحظ هنا أن الدولة التي تتبنى موقفاً إيجابياً من الإحالة أو ترفضها، إنما يقصد بها دولة القاضي من دون غيرها، مضافاً إلى أن أغلب الدول لا تأخذ بالإحالة، إلا إذا كانت إحالة بالرجوع أي بإرجاع الاختصاص التشريعي إلى قانون القاضي<sup>(3)</sup>.

موضوع الإحالة في القانون الدولي الخاص، يتميز عن موضوع التفويض في القانون نفسه، إذ يُقصد بالأخير تطبيق قواعد الإسناد الداخلي، في القانون المختص للدولة المتعددة القوانين إقليمياً، أو شخصياً، وصولاً إلى تحديد القانون المحلي الأكثر ملاءمة<sup>(4)</sup>.

### ثانياً: موقف القانون المقارن من الإحالة

ترفض معظم القوانين العربية الأخذ بالإحالة، وذلك هو موقف كل من مصر، المادة (27) من القانون المدني، والعراق المادة (31 فقرة 02) القانون المدني، سوريا المادة (29) القانون المدني، والأردن المادة (28) القانون المدني، كما أشار إليه القضاء في لبنان و المغرب<sup>(5)</sup>.

### ثالثاً: موقف القانون الجزائري من الإحالة

لا يوجد في القانون الجزائري، ما يتعلق بالإحالة في مجال التنازع الدولي للقوانين، غير أنه يوجد نص في التقنين المدني يقبل الإحالة في مجال التنازع الداخلي، وهو نص المادة (23) القانون المدني، التي تنص على: « متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد

(1) ينظر: مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص 113، 114.

(2) ينظر: تنازع القوانين، منتدى كلية الحقوق جامعة المنصورة مصر، الموقع: <http://www.f-law.net>

تاريخ الزيارة 2014/05/09م.

(3) ينظر: أعرب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ص 93، 94.

(4) ينظر: حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص 79.

(5) ينظر: أعرب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ص 102، 103.

المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الأنظمة التشريعية فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر النظام التشريعي الذي يجب تطبيقه».

و كذلك نص المادة (23 مكرر 01) القانون المدني، التي تنص على: «إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق، فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين، من حيث المكان غير أنه يطبق القانون الجزائري، إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص».

من منطوق هذه المادة نلاحظ، أن المشرع يقبل الإحالة من الدرجة الأولى<sup>(1)</sup>، ماعدا ذلك فإنه يرفض الإحالة من الدرجة الثانية<sup>(2)</sup>.

و هناك رأي يقول، أنه مادام أن المشرع الجزائري، يفرض على القاضي الرجوع إلى القانون الداخلي الأجنبي؛ لتحديد النظام القانوني الذي سيطبقه من بين الأنظمة المتعددة فيه، مما يسهل على القاضي، ويجنبه الخوض في الإشكالات القانونية التي تثار أمامه في هذه الحالة<sup>(3)</sup>.

لكن هذا الرأي، يقول أنه لا يمكن قبول الإحالة في الأحوال الشخصية، إلا إذا كان قانون الأحوال الشخصية غير مستمدة أحكامه من الشريعة الإسلامية، و إلا فإننا نصل بقبولنا للإحالة إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، المتعلقة بالأسرة على الأجانب غير المسلمين، فيمكن أن يكون و فقها متعددي الزوجات<sup>(4)</sup>.

أما الرأي الأخر، يرى عكس ما يراه الرأي الأول، إذ يرى ضرورة الأخذ بالإحالة في مجال الأحوال الشخصية، بحجة أن الجزائر دولة مستقبلية للسكان، و كثيرا من هؤلاء الأجانب هم من أصل أمريكي<sup>(5)</sup>.

(1) الإحالة من الدرجة الأولى، لما تحيل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي، إلى قانون القاضي. ينظر: أعرب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 95.

(2) الإحالة من الدرجة الثانية، لما تحيل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الاختصاص، لا إلى قانون القاضي، و إنما إلى قانون أجنبي آخر، ( قانون أجنبي ثالث). ينظر: أعرب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 97.

(3) يحاول هذا الفقيه تبرير الإحالة، استنادا إلى فكرة التنسيق، بين قواعد التنازع الفرنسية، و قواعد التنازع الأجنبية. ينظر: دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، ص 91.

(4) ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص 81، 82.

(5) ينظر: أعرب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ص 105.

وما يمكن ملاحظته على هذا الرأي، هو أنه يجهل الواقع الجزائري، فمتى كانت الجزائر مستقبلة للسكان؟، المعروف عنها أنها لديها جالية واسعة من سكانها يوجدون في فرنسا، إضافة إلى ذلك فإنه غير صحيح، بأن غالبية الجالية الأجنبية المقيمة في الجزائر من أصل أمريكي<sup>(1)</sup>.

و عليه إذا كان يمكن أن تتخذ الجزائر موقفا من الإحالة، نرى أنه يجب أن تقبل بها، إلا في مجال الأحوال الشخصية، فإنها تستبعد؛ لأن أحكام الأحوال الشخصية في معظم الدول مستمدة من ديانتها، و أن الناس يريدون دوما الخضوع بشأنها إلى ما تمليه عليهم أحكام الديانة التي يعتنقونها، وهو ما ذكره أعراب بلقاسم<sup>(2)</sup>.

وأخيرا نخلص إلى أن الإحالة من الموضوعات المعقدة، التي يصعب الفصل فيها مباشرة، خاصة إذا كان قاضي دولة معينة يقبلها من درجتين؛ لأن ذلك سيضطره للبحث عن مضمون هذا القانون الأجنبي، وعن أحكامه، وهو من الصعوبة بمكان<sup>(3)</sup>.

لذا عمد المشرع الجزائري إلى قبولها من الدرجة الأولى فقط، و ليس في جميع المسائل من بينها الأحوال الشخصية، والأموال، و كذلك إذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون إرادة المتعاقدين.

### **المطلب الثالث: موانع تطبيق القانون الأجنبي**

بعد أن يكون القانون الأجنبي، قد تحدد اختصاصه لحكم النزاع، وفقاً لما أشارت إليه قواعد الإسناد في قانون القاضي، فإنه قد يحول دون تطبيقه موانع مختلفة، والموانع ثلاثة، هي النظام العام، والمصلحة الوطنية، والغش نحو القانون، ولقانون القاضي دورٌ واضح في التحقق من كل مانع، والأثر المترتب عليه.

(1) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ص105.

(2) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص105.

(3) ينظر: تنازع القوانين، منتدى كلية الحقوق جامعة المنصورة مصر، الموقع: <http://www.f-law.net>

تاريخ الزيارة 2014/05/09م.

## الفرع الأول: النظام العام

إذا كان القانون الأجنبي، الذي تحدد اختصاصه مخالفاً للنظام العام<sup>(1)</sup>، في دولة القاضي فإنه يُمنع تطبيقه، والنظام العام مانع من تطبيق القانون الأجنبي، إذ يرجع القاضي إلى فكرة النظام العام المعروفة في النظام القانوني لدولته؛ كي يقرر من بعد ذلك أن القانون الأجنبي الذي تقرر اختصاصه معارضاً للنظام العام، فيمتنع عن تطبيق أحكامه أم العكس؟<sup>(2)</sup>.

إن أهم ما يميز النظام العام، أنه مفهوم نسبي متطور متغير من زمن إلى آخر، ومن مكان إلى آخر، إلا أنه عموماً متعلق بصميم المصالح العليا للبلاد، والأسس الجوهرية لنظام الحكم، والضمانات الدستورية المقررة للمواطنين، ومستوى الوجدان والضمير الحي، والمشاعر الروحية والدينية والإيمانية، الحلال والحرام، والخطأ والصواب<sup>(3)</sup>.

عرفه بعض الكتاب الإنجليز بأنه: « المبدأ الذي يوجب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، في الأحوال التي يخالف فيها تطبيقه سياسة القانون الإنجليزي، أو قواعد الآداب العامة المرعية في إنجلترا أو مع ضرورة المحافظة على النظم السياسية فيها»<sup>(4)</sup>.

وبالرجوع إلى المادة (35) من القانون المدني اليمني نجد أنها تنص على ما يلي: « لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي تعين تطبيقه طبقاً للنصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو الآداب العامة في الجمهورية»<sup>(5)</sup>.

أما عن المشرع الجزائري، فقد سكت تماماً عن تحديد مفهوم النظام العام، واكتفى بالنص عليه ضمن المادة (24) من القانون المدني، المعدلة بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005م بقوله: « لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام، والآداب العامة في الجزائر... »

(1) تعتبر فكرة النظام العام من الأفكار الجوهرية في علم القانون بوجه عام وتستعمل تلك الفكرة في القانون الداخلي للإشارة إلى القواعد الآمرة التي لا يمكن للأفراد مخالفة حكمها باتفاق خاص، فيقال أن تلك القاعدة تتعلق بالنظام العام بمعنى أنه لا يمكن مخالفتها. ينظر: غالب علي الداودي، وحسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج1، ص 145، 146.

(2) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص 155.

(3) ينظر: ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، ص 195 .

(4) نقلاً عن: حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص 184.

(5) قانون رقم (14) لسنة 2002م، بشأن القانون المدني اليمني.

مما سبق يتبين، بالرغم من المحاولات المبذولة لتحديد فكرة النظام العام، لم يتم التوصل إلى ضبطه ضبطاً دقيقاً، وبالتالي يبقى الأمر متروكاً للقاضي، وهو يتمتع فيه بسلطة تقديرية واسعة، ففي كل واقعة تعرض عليه، أن يقدر ما إذا كان حكم القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام في دولته، ولعل هذا الكلام ما ينطبق على القاضي الجزائري تماماً<sup>(1)</sup>.

غير أن النظام العام، في غالبية الدول الإسلامية، يقوم على فكرة عدم مخالفة قواعد الشريعة الإسلامية، في مسائل الأحوال الشخصية، ومن بينها الجزائر التي يتم العمل فيها بقواعد الشريعة الإسلامية في إطار قانون الأسرة<sup>(2)</sup>.

و هناك من يثير فكرة النظام العام الدولي، لكن الراجح بأنه لا توجد التفرقة بين النظام العام الداخلي، و النظام العام الدولي، كون النظام العام في القانون الدولي الخاص يتميز بالوطنية؛ لأن ما يسمى بالنظام العام الدولي، هو في الحقيقة النظام العام الداخلي، وهذا النظام العام تختلف درجة تمدده أو انكماشه، حسب مقتضيات الحال، أي ما إذا كنا بصدد علاقات خاصة وطنية، أم علاقات تحتوي على عنصر أجنبي<sup>(3)</sup>.

وتقدير مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام، ترجع لسلطة القاضي التقديرية، خاضعاً فيها لرقابة المحاكم العليا في دولته؛ لكونها مسألة قانونية لا واقعة، لأجل أن تكون من اختصاص محاكم الموضوع فقط<sup>(4)</sup>.

ويلاحظ هنا إن استبعاد أحكام القانون المخالف للنظام العام، قد لا يكون كلياً وإنما تُستبعد الأحكام المخالفة فحسب، مضافاً إلى وجود فكرة الأثر المخفف للنظام العام، فيما يخص الحقوق المكتسبة في خارج دولة القاضي، بالرغم من عدم الاعتراف بها من قبل هذه الأخيرة، ومثاله الاعتراف بآثار الزواج الثاني المنعقد في خارج دولة القاضي، في حين أن الزواج الثاني نفسه، يعد باطلاً لمخالفته للنظام العام، إذا أريد إنشاؤه في هذه الدولة<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، ص 101.

(2) ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص 103.

(3) ينظر: فؤاد ديب، تنازع القوانين، المطبعة الجديدة، دمشق، 1986م، ص 143.

(4) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص 158.

(5) ينظر: غالب الداودي، حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج 1 ص 188-192.

## الفرع الثاني: المصلحة الوطنية

إذا كان الأجنبي في دولة القاضي، يعتبر ناقص الأهلية وفقاً لقانون جنسيته، وكامل الأهلية وفقاً لقانون القاضي، هنا إذا ما أثير نزاع يخص أهلية الأجنبي هذا، فلن يطبق بشأنه قانون جنسيته كما تقضي بذلك قاعدة الإسناد، وإنما يعد كامل الأهلية طبقاً لقانون القاضي، فالمصلحة الوطنية في دولة القاضي، تعد مانعا من موانع تطبيق القانون الأجنبي<sup>(1)</sup>.

والأثر المترتب على الأخذ بالمصلحة الوطنية، هو تطبيق قانون القاضي، أي اعتبار الشخص الأجنبي كامل الأهلية، وفقاً لقانون المحكمة النازرة في النزاع، بغض النظر عما يقضي به قانون جنسيته<sup>(2)</sup>، مضافاً إلى أن التصرف القانوني الذي يجريه الأجنبي، في دولة القاضي يُعد صحيحاً منتجاً لجميع آثاره<sup>(3)</sup>.

## الفرع الثالث: الغش نحو القانون<sup>(4)</sup>

لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، فإن الوسيلة الفعالة هنا، هي تطبيق الغش نحو القانون، وذلك بتغيير ضابط الإسناد.

وهو: « قيام الفرد بإرادته بتغيير ضابط الإسناد، قاصداً تطبيق قانون آخر غير القانون المختص أصلاً بحكم النزاع »<sup>(5)</sup>، كأن يقوم الفرد بتغيير جنسيته قاصداً التهرب من قيود قانون الدولة صاحبة الجنسية الأولى، ومستفيداً من المزايا التي يقرها قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته الجديدة<sup>(6)</sup>.

غير أن الفقه الحديث، يميل إلى تطبيق نظرية الغش نحو القانون، سواء كان القانون المتهرب من أحكامه هو قانون القاضي الوطني، أم قانوناً أجنبياً آخر، مستندا في ذلك إلى أن

(1) ينظر: تنازع القوانين، منتدى كلية الحقوق جامعة المنصورة مصر، الموقع: <http://www.f-law.net> تاريخ الزيارة 2014/05/09م.

(2) ينظر: هشام علي صادق، تنازع القوانين، ص 302.

(3) ينظر: حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص 102.

(4) لقد أطلق الفقه عبارة الغش نحو القانون، كوصف قانوني لهذا التحايل على ضوابط قواعد التنازع بقصد التهرب من تطبيق القانون الواجب التطبيق، يمكن تعريف الغش نحو القانون: « بأنه قيام أطراف العلاقة بتغيير أحد الضوابط الذي يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق، بشكل متعمد بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً على العلاقة ». ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ص 186.

(5) ينظر: عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، ص 488.

(6) ينظر: حسن الهداوي، غالب الداودي، القانون الدولي الخاص، ص 201، 202.

نظرية الغش نحو القانون تستجيب إلى مبدأ عام، وهو محاربة الغش بكل صورته، سواء قصد به التهرب من أحكام القانون الوطني، أو قانون أجنبي آخر، وهذا هو الاتجاه الذي يأخذ به القضاء الفرنسي<sup>(1)</sup>.

ويبدو أن هذا الرأي، هو الذي تبناه المشرع الجزائري، عندما نص في المادة (24) من القانون المدني، على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، إذا كان مخالفا للنظام العام، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

ثم نص في الفقرة الثانية من نفس المادة(24)، أن القانون الجزائري، هو الذي يطبق محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام، وسكت بالمقابل على القانون الذي يطبق في حالة ثبوت الغش، مما يعني أنه قد يكون القانون الجزائري، إذا كان هو القانون الذي تهرب الأفراد من تطبيق أحكامه، وقد يكون قانونا أجنبيا، إذا كان هو ضحية الغش<sup>(2)</sup>.

### **المطلب الرابع: إثبات القانون الأجنبي**

ويقصد به إقامة الدليل على صدق مضمون القانون الأجنبي، المحدد في قاعدة الإسناد.

وبمعنى آخر: هو إثبات أن مضمون هذا القانون الأجنبي، هو فعلا النص الصادر عن الجهات التشريعية المختصة في البلد الأجنبي<sup>(3)</sup>.

تختلف القوانين في تحديد موقفها من القانون الأجنبي، فهناك من تعامله معاملة الوقائع، وهناك من تعامله معاملة القانون<sup>(4)</sup>.

القوانين التي تعامله معاملة الوقائع، تجعل عبء الإثبات على عاتق الخصوم، ونذكر من هذه القوانين القانون الفرنسي، فقد ألفت محكمة النقض الفرنسية عبء إثبات القانون الأجنبي على عاتق الخصم الذي تمسك بتطبيقه، و أجازت أيضا لقضاة الموضوع اللجوء إلى الخبرة، لما يكون الخصوم قد قدموا شهادات متناقضة عن مضمون القانون الأجنبي، مما يفيد

(1) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص172.

(2) ينظر: دربال عبد الرزاق، الوفي في القانون الدولي الخاص، ص148.

(3) ينظر: نسرين شريف، وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص95.

(4) ينظر: عكوش سهام، القانون الأجنبي إثباتا وتفسيرا، رسالة ماجستير، جامعة بومرداس، كلية الحقوق، سنة

أن القاضي من جهة غير مرتبط بما يقدمه له الخصوم، من إثبات لمضمون القانون الأجنبي، ومن جهة أخرى أنه بإمكانه لتكوين اقتناعه اللجوء إلى معرفته الشخصية بالقانون الأجنبي<sup>(1)</sup>.

أما القوانين التي تعامل القانون الأجنبي، معاملة القانون فإنها تلقي عبء الإثبات القانون الأجنبي على عاتق القاضي، وليس الخصوم مع إمكانية القاضي الاستعانة بالخصوم<sup>(2)</sup>.

### **الفرع الأول: كيفية إثبات مضمون القانون الأجنبي**

ونقصد بها بيان الوسائل التي تقيم الدليل على محتوى هذا القانون.

فإذا كان عبء الإثبات يقع على الخصوم، يمكنهم أن يثبتوا مضمون القانون الأجنبي بعدة وسائل، سواء كان ذلك عن طريق الخبراء، أو عن طريق تقديم نصوص القانون الأجنبي نفسها، أو ترجمتها، أو عن طريق الشهادات العرفية، و باستعمال طرق أخرى كاللجوء إلى المؤلفات الفقهية، و الأحكام القضائية<sup>(3)</sup>.

### **الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري**

يبرز موقف المشرع الجزائري، من خلال نص المادة (23 مكرر) من القانون المدني، حيث جاء فيها « يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه ». بعد أن يتحدد كون القانون الأجنبي، هو المختص لحكم النزاع يواجهه القاضي، صعوبة إثبات مضمون هذا القانون المصاغ بلغة غير لغة دولة القاضي<sup>(4)</sup>.

والوسائل التي يستعين بها لأجل ذلك كثيرة، منها إفادة الأخصائين والباحثين، مضافاً إليها الوثائق الرسمية، والمستندات المقدمة من قبل سفارة، أو قنصلية الدولة التي ينتمي إليها القانون المختص، فإذا ما عجزت الوسائل المتقدمة جميعها عن التعرف على مضمون القانون الأجنبي، فإن من الآراء الفقهية من يذهب إلى الحكم، وفقاً لقانون القاضي نفسه؛ لأنه هو القانون المتيقن من مضمون نصوصه<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ص 138.

(2) ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص 95.

(3) ينظر: عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص 127.

(4) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ص 139.

(5) ينظر: حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص 229.



### المطلب الخامس: تنفيذ الأحكام الأجنبية<sup>(1)</sup>

عند صدور حكم فاصل في نزاع يخص علاقة خاصة دولية، واقتضى الأمر أن ينفذ في دولة أخرى، غير الدولة التي أصدرت محاكمها الحكم، فإن الدولة المطلوب تنفيذ الحكم الأجنبي فيها، تشترط عدة شروط كي تقبل بتنفيذه، والموضوع الذي يتكفل بذلك، هو تنفيذ الأحكام الأجنبية، ويعد ملحقاً بموضوع تنازع القوانين<sup>(2)</sup>.

ومن أهم تلك الشروط، أن يكون الحكم الأجنبي، المراد تنفيذه صادراً من محكمة مختصة بنظر النزاع، اختصاصاً قضائياً دولياً، وفقاً لقانون الدولة التي أصدرته، لا قانون الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها<sup>(3)</sup>.

وقد رأى المشرع الجزائري- مثل غيره - أن الحل يكمن في التوفيق بين الاعتبارين السابقين، ولا يتم ذلك إلا بوضع شروط وقيود على تنفيذ الحكم الأجنبي، هذه الشروط تحافظ من جهة على السيادة الوطنية، وتلبي من جهة أخرى حاجة المعاملات الدولية<sup>(4)</sup>.

من أجل ذلك، نص المشرع الجزائري، على شرط أساسي لتنفيذ الحكم القضائي الأجنبي، وهو شرط شمولية هذا الحكم بالأمر بالتنفيذ، الصادر من إحدى الجهات القضائية الجزائرية، وذلك في المادة (605) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري<sup>(5)</sup>.

(1) هناك معيارين في الفقه القانون الدولي لتحديد مفهوم الحكم الأجنبي: أولاً معيار السيادة: ويأخذ بهذا المعيار الفقه اللاتيني فرنسا. « كل حكم يصدر عن جهة قضائية أجنبية باسم سيادة الدولة التي تتبع لها الجهة القضائية بغض النظر عن مكان وجودها».

ثانياً: معيار مكان صدور الحكم: ويأخذ بهذا المعيار الفقه الانجلو سكسوني انجلترا. « هو كل حكم يصدر عن جهة قضائية تقع خارج إقليم الدولة المراد تنفيذ الحكم القضائي فيها». ينظر: عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2007م، ص 153.

(2) ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص 231، 232.

(3) ينظر: سامي بديع منصور، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، ص 572.

(4) ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص 233.

(5) نص المادة (605) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري جاء كما يلي: « لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية، في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية:

- 1 - ألا تتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص،
- 2 - حائزة لقوة الشيء المقضي به طبقاً لقانون البلد الذي صدرت فيه،
- 3 - ألا تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية، وأثير من المدعى عليه،
- 4 - ألا تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر...».

إلا أن المشرع الجزائري ورغم نصه على هذا الشرط الأساسي، فإنه لم يفصّل الشروط الخاصة بشمولية هذا الحكم القضائي الأجنبي بالأمر بالتنفيذ، مما يجعل القاضي الجزائري أمام إشكالية تحديد وإعمال هذه الشروط، والتي يجب أن يراعي توافرها حتى يتمكن من إصدار أمر بتنفيذ هذا الحكم<sup>(1)</sup>.

خلاصة القول أن الأحكام القضائية الأجنبية، تقبل التنفيذ أمام القاضي الجزائري وفق شروط معينة، ويخضع هذا التنفيذ لأحكام الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها الجزائر، مثل اتفاقية الرياض لسنة 1985م<sup>(2)</sup>، إذا توفرت شروط تطبيقها، أو للاتفاقيات الثنائية الخاصة التي أبرمتها الجزائر مع دول أخرى<sup>(3)</sup>، وفي حالة التعارض فيما بينها، تطبق الاتفاقية الأكثر تحقيقاً للتعاون القضائي المادة (69) معدل من اتفاقية الرياض.

أما شروط الأمر بالتنفيذ وفق الاتفاقيات المذكورة، بالإضافة إلى آراء القضاء والفقهاء، فهي في معظمها شروط معروفة إلى حد كبير، في مختلف القوانين الأجنبية على النحو المشار إليه، وعند تناول طلب الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي، لا يتدخل القاضي الجزائري في موضوع

(1) ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص 234.

(2) اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة بمدينة الرياض عاصمة المملكة العربية السعودية في الثالث والعشرون من شهر جمادى الثاني عام 1403هـ الموافق السادس من شهر إبريل عام 1983 ميلادية، دخلت الاتفاقية حيز النفاذ ابتداءً من تاريخ 1985/10/30م، وذلك على العنوان الإلكتروني الآتي: [www.alltreaties.com](http://www.alltreaties.com)

(3) مثال: - اتفاقية يوم 15 مارس 1963م، خاصة بالتعاون المتبادل في الميدان القضائي بين الجزائر والمغرب، والمصادق عليها بالأمر رقم 69/68 لشهر سبتمبر 1969م.

- مرسوم رئاسي رقم 181/94 مؤرخ في 27 يونيو 1994م، يتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القضائي بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة بمدينة لانوف (ليبيا) في 09 و 10 مارس 1991م.

- المرسوم الرئاسي رقم 47/01 المؤرخ في 11 فبراير 2001م، و يتضمن المصادقة على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة بتاريخ 6 أبريل 1983م، وكذا تعديل المادة (69) من الاتفاقية الموافق لـ 1997/11/26م، من طرف مجلس وزراء العدل العرب في دورة انعقاده العادي الثالثة عشر.

- البروتوكول القضائي الجزائري الفرنسي المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 194/65، والمرسوم رقم 313/66.  
- اتفاقية للتعاون القضائي والعدلي في المواد المدنية والتجارية والعائلية والجزائية بين الجزائر وألمانيا، المصادق عليها بالأمر رقم 57/73 المؤرخ في 1973/11/21م.

النزاع ثانية، ولا يفحص موضوع الحكم ولا يناقشه، وإنما يقتصر دوره على التأكد والتحقق من توافر، أو عدم توافر شروط الأمر بتنفيذه<sup>(1)</sup>.

إن الجزائر في واقعها اليوم، في حاجة ماسة إلى تقنين مسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية، بحيث تعالجها في قانون خاص عاجلا شاملا ودقيقا، نظرا للحركة الاقتصادية التي تمر بها، وكذلك الظروف الاجتماعية الناتجة عن الانفتاح على الطرف الأخر، الذي بدأ منذ سنوات، وغيرت نتائجه البنية الاقتصادية، والاجتماعية للأمة<sup>(2)</sup>.

---

(1) ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص 237-239.

(2) ينظر: حبار محمد، المرجع نفسه، ص 242.

### المبحث الرابع: دور الموطن والجنسية في تنازع القوانين

يعتبر المكان الذي يقيم فيه الإنسان ويريد أن يستقر فيه موطناً له، وعليه فهو ذو صلة مباشرة بالمعاملات الخاصة بالفرد، فما هو دوره في القانون الدولي الخاص؟. كما تعتبر الأهلية القانونية، أهم مميزات للشخصية؛ لأنها تعطي للشخص صلاحية الوجوب له أو عليه، وذلك تبع للحالة السياسية والمدنية التي يكون عليها. أما الجنسية، فهي الأداة التي توزع الأفراد سياسياً بين الدول، وهي رابطة قانونية روحية وسياسية، فاتخذت لها بعدد من الأول أفقياً، وهو توزيع الأفراد على الدول، وعمودياً وهو التمييز بين الوطنيين والأجانب في الدولة، وتفصيل ما أجملته هو في المطالب الآتية.

#### المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الحالة

لما كانت الحالة بصفة عامة ليست مجالاً لتنازع القوانين، كون أن كل دولة تنفرد ببيان من هم مواطنوها، لذلك نجد أن المشرع الجزائري قد أخضع حالة الأشخاص لقانون جنسيتهم<sup>(1)</sup>، وبالتالي يقع على القاضي الجزائري، تطبيق قانون جنسية الأجنبي المتنازع فيما يتعلق بالحالة، وهذا ما أقرته المادة (10) من القانون المدني الجزائري.

#### الفرع الأول: الحالة

يختلف نطاق الأحوال الشخصية، من نظام قانوني لآخر، وفي النظام القانوني الجزائري لم يعرف المشرع الجزائري، المقصود بالأحوال الشخصية في القانون المدني، أو قانون الأسرة، لكن يفهم من مضمون قانون الأسرة، أنه يدخل ضمن الأحوال الشخصية، المسائل المتعلقة بالحالة والأهلية، وحماية عديمي الأهلية وناقصيها...<sup>(2)</sup>.

حالة الشخص الطبيعي، هي مجموعة الصفات التي تحدد ذات الشخص ومركزه، من أسرته ودولته، وهذه الصفات تقوم على أسس من الواقع مثل: السن، الجنس، الصحة، أو على أسس من القانون، كالزواج والجنسية<sup>(3)</sup>.

وتشمل الحالة معنيين:

– الحالة العامة (السياسية): عن طريقها يتحدد مركز الشخص، بواسطة رابطة الجنسية، وهذه الحالة ليست مجالاً لتنازع القوانين، ولا تضبطها قواعد الإسناد؛ لأن كل دولة تنفرد

(1) المادة (10) من القانون المدني الجزائري. « يسري على الحالة المدنية للأشخاص و أهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم ».

(2) ينظر: نسرين شريفي وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 53.

(3) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ص 193.

بيان من هم وطنيوها بموجب قانون جنسيتها.

- الحالة المدنية: وهي تحدد مركز الشخص من أسرته، وتشكل مجموعة صفاته الشخصية (ذكر أنثى قاصر راشد..)، والحالة المدنية تخضع لقواعد إسناد خاصة، لمعرفة القانون الواجب التطبيق عليها، كما نصت المادة (10) من القانون المدني الجزائري<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: الاسم

يعتبر الاسم الوسيلة المميزة للشخص عن غيره، ويتألف عادة من: اسم الشخص العائلي، أو لقبه، ومن اسمه الشخصي، وتنص المادة (28) القانون المدني الجزائري: « يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقبه يلحق أولاده».

وباعتبار الاسم من الحقوق اللصيقة بالشخصية، فإن أنسب القوانين التي يجب إخضاعه لها، هو القانون الشخصي المتمثل في قانون الجنسية بالنسبة للجزائر.

أما الفقه في فرنسا فأعتبر الاسم من مسائل الأمن المدني، فأخضعه للقانون الإقليمي لكن القضاء الفرنسي أخضعه للقانون الشخصي، باعتباره لصيقا بالشخص، وأنه يجب أن يتصف بالثبات والاستقرار<sup>(2)</sup>.

هذا وقد كان هناك خلاف حول القانون الواجب التطبيق، في فرنسا بخصوص الطلاق والانفصال الجسماني بين الزوجين، وفي حالة التبني وحالة التغيير في اللقب والاسم، وقد أيد الفقيه (باتيفول) مسلك القضاء، ورأى أن الاسم الشخصي واللقب والأسماء المستعارة يسري عليها القانون الشخصي، أما ألقاب الشرف الممنوحة من دولة أجنبية، فإنها تخضع للاختصاص التشريعي والقضائي للدولة المانحة لألقاب الشرف<sup>(3)</sup>.

وقد نصت المادة (28فقرة2) القانون المدني الجزائري: « يجب أن تكون الأسماء جزائرية وقد يكون خلاف ذلك بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين غير مسلمين».

ونصت المادة (12فقرة2) قانون الجنسية الجزائري، على جواز تبديل الألقاب والأسماء

(1) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ص193.

(2) ينظر: كمال سمية، تطبيق قانون القاضي (القانون الجزائري) على علاقات الأحوال الشخصية المشتملة على عنصر أجنبي، مجلة دراسات، تصدر عن جامعة الجلفة، السنة السابعة، العدد18، مارس2015م- جمادى الأولى1436هـ، ص175.

(3) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ص194.

بعد التجنس بالجنسية الجزائرية<sup>(1)</sup>، وسمح القانون للأولاد المولودين في الجزائر من أبوين مجهولين بحق طلب تغيير ألقابهم، إذا كانت تنطوي على لكنة أجنبية، أو توحى بمصدر أجنبي، علماً أن هذه الفئة تأخذ الجنسية الجزائرية، على أساس الإقليم طبقاً للمادة (07) فقرة 1)، من قانون الجنسية.

### **المطلب الثاني: دور الموطن في مجال القانون الدولي الخاص**

يعد الموطن الأداة و الوسيلة، التي تعمل إلى جانب الجنسية لتوزيع الأفراد جغرافياً، وهو الأسبق في هذا الدور من الجنسية.

إن الموطن يضطلع بمهمة تركيز الأفراد مكانياً بين الدول، وهو رابطة قانونية، كما أنه يؤدي دوراً رئيساً في تحديد القانون الواجب تطبيقه في مسائل الأحوال الشخصية، في الدول الانكلو أمريكية، لذا نجد هذه الأخيرة نظمت أحكام الموطن الدولي، في حين يؤدي الموطن دوراً ثانوياً إلى جانب الجنسية، في أكثر دول العالم، وهي التي تأخذ بالاتجاه اللاتيني<sup>(2)</sup>.

### **الفرع الأول: معنى الموطن**

لقد وضع الفقه و التشريع مفهوماً للموطن<sup>(3)</sup>، لذا سنستعرض ذلك من خلال العنصرين الآتيين.

### **أولاً- موقف الفقه**

من خلال الاطلاع على آراء الفقهاء، يظهر أنهم اتفقوا على أن الموطن هو الحيز الجغرافي، أو المنطقة الإقليمية، التي يقصد الشخص أن يتخذها مقاما، أو مقرا للعمل، وهذا يعني أن للموطن معنيين<sup>(4)</sup>:

الأول: المكان الذي يقيم فيه الشخص، بنية البقاء لمدة غير محدودة<sup>(5)</sup>.

(1) القانون الجنسية الجزائرية الصادر بموجب الأمر رقم 86/70 بتاريخ 15/12/1970م، المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 05/01 المؤرخ في 27 فيفري 2005م.

(2) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص193.

(3) « الوَطْنُ المَنْزِلُ تقيم به وهو مَوْطِنُ الإنسان ومحلّه، الوَطْنُ مَحَلُ الإنسان و أَوْطَنُ الأرض و وَطَنُهَا و اسْتَوْطَنَهَا و اتَّطَنَهَا أي اتخذها وطناً». ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج 15 ص239، والرازي، مختار الصحاح، ص108، مادة (و ط ن).

(4) ينظر: المادة (36) من التقنين المدني الجزائري.

(5) ينظر: عبد الرسول عبد الرضا جابر شوكة، محاضرة بعنوان: الموطن، جامعة بابل العراق، الموقع:

<http://www.uobabylon.edu.iq> تاريخ الزيارة 2011/6/2م.

والثاني: مقر إدارة الأعمال، وفيه تتركز صلاته العائلية والمهنية<sup>(1)</sup>، كما يصطلح بعضهم على الموقع الإلكتروني عبر شبكة الانترنت، بالمواطن المفترض أو الافتراضي، ولعل أن مثل هذا المواطن تعنى بتنظيم أحكامه، قوانين الدول التي بادرت إلى إصدار تشريعات، تنظيم أحكام المعاملات الإلكترونية ومنها البحرين<sup>(2)</sup>، والإمارات<sup>(3)</sup> وتونس<sup>(4)</sup>.  
لم تسير الدول على مسار واحد في معنى المواطن، وفق ذلك يمكن أن نعرف المواطن بأنه: « هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، ويعتبر المقر القانوني له، وهو الذي تجري مخاطبته به بشأن معاملاته القانونية»<sup>(5)</sup>، وبعد المواطن على وفق ذلك، مسألة متعلقة بسيادة الدولة، ومن ثم يدخل في مسائل القانون العام .

### ثانيا- موقف التشريع

تتوزع التشريعات في بيان معنى المواطن إلى مجموعتين، الأولى تحدد معنى المواطن بمقر الأعمال، ومن هذه التشريعات القانون المدني الفرنسي لعام 1804م في المادة(102)، التي نصت على أن: « يكون موطن كل فرنسي بالنسبة لاستعمال حقوقه المدنية في المكان الذي يكون فيه مركز أعماله الرئيس»<sup>(6)</sup>.

وعلى وفق القانون المدني الايطالي لعام 1942م، في المادة (43)، التي نصت على أن «يكون موطن الشخص في المكان الذي اتخذ فيه المركز الرئيس لأشغاله ومصالحه»<sup>(7)</sup>.

(1) ينظر: المادة (39) من التقنين المدني الجزائري.

(2) مرسوم قانون رقم (28) لسنة 2002م، بشأن المعاملات الإلكترونية، الجريدة الرسمية، العدد 2548، الأربعاء 18 سبتمبر 2002م، ص 31.

(3) القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006م، في شأن المعاملات و التجارة الإلكترونية، الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد 442، السنة السادسة و الثلاثين، محرم 1427 هـ - يناير 2006م.

(4) قانون عدد 83 لسنة 2000م، المؤرخ في 09 أوت 2000م، يتعلق بالمبادلات التجارية والإلكترونية.

(5) ينظر: فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، 1979م، ص 437، و أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العلاقات الخاصة الدولية، ص 82، 83.

(6) ينظر: عبد الرسول عبد الرضا، تأثير المركز العالمي للأشخاص في قواعد القانون الدولي الخاص، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة السادسة، ص 49.

(7) القانون المدني الايطالي: (الموافق عليه بموجب المرسوم الملكي رقم 262 المؤرخ 16 مارس 1942م)،

أما المجموعة الثانية من التشريعات، فقد حددت معنى الموطن بمحل الإقامة، ومن هذه التشريعات القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948م، في المادة (40فقرة1)، إلى ذلك إذ نصت على أنه: «المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة»، كما نصت المادة (42) من القانون المدني السوري لعام 1949م على: «إنه مجرد المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة».

وحسب المادة (36) القانون المدني الجزائري على أن: «موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، عند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام المواطن».

كما ذهب المشرع العراقي، إلى هذا المعنى في المادة (42) من القانون المدني التي نصت على: «الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصفة دائمة أو مؤقتة ويجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد»<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: دور الموطن وإشكالاته

يتوزع هذا الدور، بين موضوعات القانون الدولي الخاص، ويظهر بأشكال متنوعة وبتأثير متباين، وليبيان ذلك فلا بد من بحث دور الموطن من خلال النقاط الآتية.

#### أولاً- علاقة الموطن بالجنسية

يؤدي الموطن أدواراً متعددة في موضوع الجنسية، فهو يؤثر فيها من جانب أنه يشكل أحد شروط منحها، إذ تعد الإقامة قرينة على التوطن، وهذه الإقامة وإن اختلفت مدتها بين التشريعات، إلا أنها مطلوبة لغرض الحصول على الجنسية، وتظهر قراءة قانون الجنسية الجزائري النافذ، أن شرط الإقامة أحد أهم شروط التجنس على وفق المادة (10) من القانون النافذ التي تطلبت الإقامة لمدة لا تقل عن (07) سنوات قانونية وعادية ومنتظمة<sup>(2)</sup>.

كما يؤثر الموطن في اكتساب الجنسية، فهو يؤثر في فقدانها فانقطاع إقامة المتجنس لمدة خمس سنوات، يفضي إلى زوال الجنسية عنه كما في لبنان ومصر، ولم يوجد حكم مماثل في قانون الجنسية العراقي<sup>(3)</sup>.

(1) القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951م وتعديلاته

(2) ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص 287.

(3) ينظر: عبد الرسول عبد الرضا جابر شوكة، محاضرة بعنوان: الموطن، جامعة بابل العراق، الموقع:

<http://www.uobabylon.edu.iq> تاريخ الزيارة 2011/6/2م.



ويلعب الموطن دوراً في استرداد الجنسية، إذ لا يتحقق الاسترداد إلا بعد العودة، والإقامة في الدولة المطلوب استرداد جنسيتها، وهذا يعني أن العودة للإقامة التي هي قرينة التوطن، تلعب دوراً في استرداد الجنسية، للتأكد من جدية طالب الاسترداد، لاستئناف علاقته بالدولة التي كان يتبعها<sup>(1)</sup>.

كما يؤدي الموطن دوراً مهماً، في حل تنازع الجنسيات ففي إطار التنازع الايجابي، إذا كان النزاع المتعلق بمتعدد الجنسية مطروح أمام قضاء لا علاقة له بالنزاع، فيعمل هنا بالجنسية الفعلية أو الواقعية، التي يشكل الموطن أحد أهم عناصر الاستدلال عليها، فمن خلال توطن الشخص في أحد الدول التي يحمل جنسيتها، يستدل على أن دولة موطنه، هي قرينة على دولة جنسيته الفعلية<sup>(2)</sup>.

ويمكن اعتماد الموطن كبديل أمثل عن الجنسية، لحل التنازع السلبي، فيعتمد قانون الموطن بدلاً من قانون الجنسية، لانعدامها لحل المسائل المتعلقة بعدم الجنسية، ومنها تحديد حقوقه والتزاماته، و القانون الذي يحكم مسائل أحواله الشخصية، فدولة موطنه، تمثل دولة جنسيته المفترضة، و التي تقابل دولة الجنسية الفعلية بالنسبة لمتعدد الجنسيات، وهو حل متفق عليه في ظل الاتجاهين اللاتيني، والانكلوسكسوني<sup>(3)</sup>.

### ثانياً - دور الموطن في تنازع القوانين

يعتمد الموطن كأحد الضوابط لتحديد الاختصاص التشريعي، في مسائل العقود الدولية إذ يطبق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، في المسائل التي تتعلق بالالتزامات التعاقدية، ومنها الامتناع عن تنفيذ العقد أو التأخير في تنفيذه، وقد أخذ بهذا الحكم المشرع العراقي في المادة (25فقرة1) من القانون المدني، والمادة (19) معدلة من القانون المدني الجزائري، التي نصت على أن: « تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.

ويجوز أيضاً أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية» .

(1) ينظر: عبد الرسول عبد الرضا جابر شوكة، محاضرة بعنوان: الموطن، جامعة بابل العراق، الموقع:

<http://www.uobabylon.edu.iq> تاريخ الزيارة 2011/6/2م.

(2) ينظر: طلال ياسين العيسى، الأصول العامة في الجنسية، طبع منشورات البيروني، الأردن، 2007م، ص16.

(3) ينظر: هشام على صادق، الجنسية والموطن ومركز الأجنب، المجلد الأول، ط1، 1977م، ص102.

وفي الحقيقة اعتمد الموطن كضابط إسناد احتياطي، لحل تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، بالنسبة لعديم الجنسية إذ يطبق قانون موطنه، بديلاً عن قانون جنسيته بحكم أحواله الشخصية، ومن الدول التي أخذت بهذا الحل، الجزائر والعراق ومصر والكويت، وغيرها من الدول العربية<sup>(1)</sup>.

ومقابل ذلك، يعد الموطن ضابطاً لتحديد القانون الواجب التطبيق، ومن ثم حل التنازع بين القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، في الدول التي تأخذ بالاتجاه الانكلو أمريكي، مثل بريطانيا والولايات المتحدة..، علماً أن أغلب دول أوروبا كانت تعتمد ضابط الموطن، في مسائل تنازع القوانين حتى بداية القرن التاسع عشر، ومنها ألمانيا وفرنسا<sup>(2)</sup>.

### ثالثاً- دور الموطن في تحديد المركز القانوني للأجنبي

يؤدي الموطن دوراً للتمييز بين الأجنبي المتوطن، وغير المتوطن، من حيث أن حقوق الأول أوفر من الثاني، فيما يتعلق بممارسة الأعمال و الإقامة، وفي ظل عدم حصول الشخص على إذن بالتوطن، الذي يعني أن إقامته غير مشروعة، ومن ثم لا يتمتع بحق العمل وممارسة المهن، ولا تعتمد إقامته لاكتساب موطن، ومن ثم تؤهله لاكتساب جنسية دولة الإقامة<sup>(3)</sup>. كما تتخذ الدول، تجاه هذه الحالات بعض الإجراءات الأمنية، وقد نظم قانون إقامة الأجنبي في العراق رقم 118 لسنة 1978م المعدل، أحكام الإقامة التي هي قرينة التوطن بالنسبة للأجنبي، كما نظم الجوانب الإجرائية لدخول الأجنبي وإقامته وخروجه، والقانون رقم: 11/08 المؤرخ في 25/06/2008م<sup>(4)</sup>، قام ببيان الأحكام القانونية التي تحكم وضع الأجنبي في الدولة الجزائرية.

(1) ينظر: رشيد العنزي، الجنسية الكويتية، دراسة للنظرية العامة للجنسية، وللمرسوم الأميري رقم 15 لسنة 1959م، بشأن الجنسية الكويتية وتعديلاته، ط1، 1995م، ص 77 و 88.

(2) ينظر: عبد الرسول عبد الرضا جابر شوكة، محاضرة بعنوان: الموطن، جامعة بابل العراق، الموقع: <http://www.uobabylon.edu.iq> تاريخ الزيارة 2/6/2011م.

(3) ينظر: عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، طبع الدار الجامعية، بيروت، 1986م، ص 344، و حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص 311.

(4) الجريدة الرسمية العدد 36 الصادرة بتاريخ 02/07/2008م، ص 04.

### المطلب الثالث: القانون الذي يحكم الأهلية

من بين المنازعات التي تطرح على القضاء فيما يخص الأهلية<sup>(1)</sup>، بالنسبة للأجنبي الذي يتعامل خارج دولته، ويكون نظامه القانوني الذي يحكم الأهلية، يختلف عن النظام القانوني المنصوص عليه في بلده، وهو ما يدفعنا إلى التساؤل الآتي: كيف عالج فقهاء القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين فيما يتعلق بالأهلية؟، وما هي الحلول التي أوجدها لمعالجة هذا التنازع؟.

#### الفرع الأول: خضوع الأهلية لقانون الجنسية

نصت المادة (10) من القانون المدني الجزائري على أنه: « يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم. ومع ذلك ففي التصرفات المالية، التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها، إذا كان

(1) مفهوم الأهلية: أ- الأهلية في اللغة: الصلاحية، وهي مأخوذة من قولهم: «فلان أهل لكذا» أي: صالح ومستحق له. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج11ص28، مادة «أهل»، و مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، دار الدعوة، القاهرة، ج1ص31،32. ب- في الاصطلاح: « صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه ». ينظر: البخاري، كشف الأسرار، دار الكتاب الإسلامي، ج4ص335، والبركتي، قواعد الفقه، الصدف بيلدشز-كراتشي، ط1، 1407هـ-1986م، ص198.

الملاحظ على هذا التعريف أنه خاص بأهلية الوجوب.

قد استقر الفقه و القضاء على اعتبار الأهلية من الخصائص المميزة في صفة الإنسان، حيث يتوقف على توافر عنصر الأهلية فيه معرفة مدى إمكانية تمتعه بالحقوق، ومدى تحمله للالتزامات، إذن هي: «صفة يقدرها المشرع في الشخص، تجعله صالحا لأن تثبت له الحقوق، و تثبت عليه الواجبات، و تصح منه التصرفات». ينظر: إسحاق إبراهيم منصور، نظرية القانون و الحق و تطبيقاتها في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، 1990م، ص 227.

إن للشخص أهليتين يكتسب الأولى بمجرد ولادته وهي أهلية الوجوب، أما أهلية الأداء فيكتسبها في وقت لاحق، وهي تمر بمراحل معينة.

وأحكام الأهلية تؤثر على حياة الشخص تأثيرا كبيرا، المادة (45) القانون المدني الجزائري.

أ- أهلية الوجوب: تثبت لكل شخص طبيعي منذ ولادته حيا إلى حين وفاته وهو ما نصت عليه المادة (402) من القانون المدني الجزائري.

ب- أهلية الأداء: هي صلاحية الشخص لإعمال إرادته، إعمالا يرتب أثرا قانونيا يريده، وتمر الأهلية بعدة مراحل وتؤثر بحالة الشخص الصحية.

أحد الطرفين ناقص الأهلية وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة...».

كما بينت المادة (15) من القانون المدني الجزائري، الذي تخضع له النظم الخاصة بحماية ناقصي، وعديمي الأهلية.

رغم أن أهمية الأهلية، تقتضي إسنادها إلى القانون الشخصي كمبدأ عام، إلا أن المسألة محل خلاف، يجب التمييز بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء، وكذلك الأهلية الخاصة، وحالات انعدام الأهلية، وقد يستبعد القانون الشخصي الذي يحكم الأهلية لاعتبارات معينة<sup>(1)</sup>.

أهلية الوجوب و هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وهي تثبت للإنسان بمجرد كونه إنسانا، فيكتسبها حتى الجنين في بطن أمه، وهي مرتبطة بالشخصية القانونية، لذا تخرج من نطاق المادة (10) من القانون المدني الجزائري، وبالتالي لا تخضع لقانون الجنسية.

وبما أن أهلية الوجوب تتعلق دائما بحق معين، فإنها تخضع للقانون المختص بهذا الحق، حق الشخص في أن يرث، يخضع لقاعدة الإسناد التي تحكم الميراث، وحق الشخص في أن يمتلك، يخضع للقانون الذي يحكم الملكية وهكذا<sup>(2)</sup>.

أما أهلية الأداء، وهي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية، كالبيع والإيجار... وتنقسم إلى:  
أ- أهلية الأداء العامة

وتتعلق بالقدرة على التعبير عن الإرادة، لذا نطاقها يتحدد بالأعمال أو التصرفات القانونية، التي تحتاج للإرادة في إنشاءها، وترتيب آثارها، لذا تخرج عن نطاقها الأعمال المادية التي لا تحتاج للإرادة؛ لأن القانون يرتب آثارها، (كالنعويض عن الفعل الضار)<sup>(3)</sup>.

يتضح أن أهلية الأداء العامة، أساسها التمييز، لذا لا خلاف بين الفقهاء في كونها تدخل في نطاق قانون الجنسية، الذي يبين لنا سن الرشد، وعوارض الأهلية... وبالتالي تخضع للحكم المنصوص عليه في المادة (10) القانون المدني الجزائري.

(1) ينظر: محمد حبار، القانون الدولي الخاص، ص116، 117.

(2) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص197.

(3) ينظر: نسرين شريفي، وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص54.

## ب- أهلية الأداء الخاصة

تتعلق بأشخاص معينين، يمنعهم القانون من مباشرة بعض التصرفات القانونية، مع أنهم راشدون، مثلما نصت عليه المادة (402) من القانون المدني الجزائري: « لا يجوز للقضاة ولا للمدافعين القضائيين ولا للمحامين ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط، أن يشتروا بأنفسهم مباشرة، ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه، كله أو بعضه، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة، التي يباشرون أعمالهم في دائرتها، وإلا كان البيع باطلا». من مفهوم المادة، أن الغرض من أهلية الأداء الخاصة، ليس حماية الشخص نفسه، وإنما حماية غيره، لذا فمناطها ليس التمييز، وإنما اعتبارات أخرى كحماية مصلحة الغير مثلا، لذا أخرج بعض الفقه هذا النوع من نطاق قانون الجنسية، وأخضعها الفقه الراجح، للقانون الذي يحكم التصرف القانوني ذاته<sup>(1)</sup>.

إذن نجد أن الحكم الوارد في المادة (10) من القانون المدني الجزائري، يتحدد نطاقه في أهلية الأداء العامة فقط (لحماية الشخص ذاته)، أما أهلية الوجوب، وأهلية الأداء الخاصة، فلا يخضعان لقانون الجنسية<sup>(2)</sup>.

**الفرع الثاني: استثناءات تطبيق قانون الجنسية على الأهلية**

ورد استثناء على تطبيق قانون الجنسية على الأهلية، وأساسه حماية المصلحة الوطنية، ونصت عليه المادة (10فقرة2) من القانون المدني الجزائري، وطبقا لهذا الاستثناء تخضع الأهلية لقانون القاضي، وليس لقانون جنسية الشخص، إذا توافرت الشروط الآتية:

- 1- أن يكون التصرف الذي قام به الأجنبي، من التصرفات المالية، كالبيع أو الإيجار..، أما إن تعلق بالأحوال الشخصية، كالزواج فتطبق القواعد العامة.
- 2- أن يبرم التصرف في الجزائر، وينتج آثاره فيها، ولا يكفي أحد الشرطين، وإنما يجب توافرها معا.
- 3- أن يكون الأجنبي كامل الأهلية، طبقا لقانون القاضي (القانون الجزائري)، وناقص الأهلية طبقا لقانون جنسيته، أما إن كان ناقص الأهلية في نظر القانونيين معا، فلا يعتد بالاستثناء.

(1) ينظر: محمد حبار، القانون الدولي الخاص، ص117.

(2) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص197.

4- أن يكون الطرف الثاني المتعاقد مع الأجنبي وطنيا.

ملاحظة: هذا الشرط، لم يذكر صراحة وإنما من عبارة: « إذا كان أحد الطرفين أجنبيا » نستخلص هذا الشرط بمفهوم المخالفة.

5- أن يكون نقص أهلية الأجنبي، فيه خفاء على المتعاقد الوطني معه، ولا يسهل تبينه، ومن ثم لا يجب أن يكون المتعاقد الوطني مقصرا في احتياظه، ويقاس سلوكه بمعيار الرجل العادي<sup>(1)</sup>.

قد تساءل الفقه حول أساس هذا الاستثناء، فأرجعه البعض لفكرة الإثراء بلا سبب<sup>(2)</sup>، لكن يعترض على ذلك؛ لأن هناك سبب وهو العقد، والبعض أرجعه للمسؤول التقصيرية<sup>(3)</sup>، على أساس فكرة التعسف في استعمال الحق، ورده البعض لفكرة النظام العام<sup>(4)</sup>.  
لكن الرأي الراجح أسسه على العذر بجهل القانون الأجنبي الذي اعتبره واقعة، والجهل بالواقعة مقبول، فضلا عن أن الإنسان لا يمكنه العلم بجميع قوانين العالم<sup>(5)</sup>.  
وهناك استثناء آخر، يستبعد معه تطبيق قانون الجنسية على الأهلية العامة وهو:  
أ- حالة مخالفة النظام العام: كأن يكون قانون جنسية الأجنبي، يقرر عدم أهلية عامة

(1) أساس وجود هذا الاستثناء وشروطه يرجع إلى قضية شهيرة فصلت فيها محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 16/01/1861م، تعرف بقضية ( ليزاردي ) وقائعها هي: شاب مكسيكي يبلغ من العمر: 23 سنة، اشترى مجوهرات من تاجر فرنسي ب: 80 ألف فرنك فرنسي، ووقع له صكوكا بذلك، وعندما حل أجل الدفع تمسك ( ليزاردي ) ببطان التصرف لنقص أهليته، طبقا لقانون جنسيته، الذي حدد سن الرشد ب: 25 سنة، فرجع التاجر الفرنسي دعوى ضده أمام القضاء الفرنسي، طالب فيها بدفع قيمة الصكوك متعذرا بجهل أحكام القانون المكسيكي، ما دام ( ليزاردي ) راشدا، طبقا للقانون الفرنسي، الذي كان يحدد سن الرشد آنذاك ب: 21 سنة. فصدر الحكم الأول لصالحه ثم أيدت محكمة النقض هذا الحكم، على أساس أن الشخص لا يفترض فيه العلم بكافة قوانين العالم، وبكفيه أن يكون قد تعاقد بدون خفة ولا رعونة، وأن يكون حسن النية. ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص 200، و محمد حبار، القانون الدولي الخاص، ص 118.

(2) نصت المادة (141) مدني جزائري على أنه « كل من نال عن حسن نية من عمل الغير، أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها، يلزم من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء »  
(3) في القانون المدني، تعني المؤاخذة عن الأخطاء التي تضر بالغير، و ذلك يلزم المخطئ بأداء التعويض للطرف المتضرر، وفقا للطريقة و الحجم الذين يحددهما القانون، ينظر: المادة (124) من القانون المدني الجزائري.

(4) ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص 303.

(5) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص 201.

قوانينها التمييز العنصري، أو يكون تطبيق هذا القانون جاء نتيجة للغش نحو القانون المختص، فقد نصت المادة (24) من القانون المدني الجزائري: «لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة، إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة». إضافة إلى استثناء آخر هو:

ب- في حالة الأخذ بالإحالة: إذا كان القانون الأجنبي المختص، بحكم الأهلية طبقا لقواعد التنازع الوطنية، يحيل النزاع إلى قانون آخر، باعتباره قانون الموطن، وإذا كان قانون القاضي يأخذ بالإحالة، يتعين تطبيق قانون الموطن، بدلا من قانون الجنسية، وهو منطوق المادة الآتية من القانون المدني<sup>(1)</sup>.

تنص المادة (23 مكرر1) من القانون المدني الجزائري: «إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان. غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص».

### الفرع الثالث: حماية ناقص أو عديم الأهلية

إن النظم الخاصة بحماية عديمي الأهلية وناقصيها، كالولاية والوصاية والقوامة وغيرها، تتصل بالأهلية العامة، لذا اعتبرت من مسائل الأحوال الشخصية، وأسندت إلى قانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته<sup>(2)</sup>.

وقد نصت المادة (15) من القانون المدني الجزائري: «يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته.

غير أنه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة، إذا كان القصر أو عديموا الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر، وقت اتخاذ هذه التدابير أو تعلقت بأموالهم الموجودة في لجزائر».

(1) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص201.

(2) ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص117.

والحماية المقررة هنا يقصد بها حماية القاصر، أو عديم الأهلية في ماله وليس في شخصه.

ويختص قانون جنسية الشخص المحمي، بحكم الجوانب الموضوعية المتعلقة بطرق الحماية المقررة، كالحجر عليه ورفع، وإجازة تصرفاته، وكذلك بيان طرق تعيين الأولياء والأوصياء والقيمين، وشروطهم وصلاحياتهم، من تلقاء أنفسهم أو بإذن من المحكمة، أو المجلس العائلي، وطرق إنهاء مهامهم ومسؤولياتهم، وقد بينت المواد (81 إلى 108) من قانون الأسرة الجزائري، الأحكام الموضوعية للولاية على المال والوصاية والقوامة<sup>(1)</sup>.

نصت المواد على تطبيق القانون الجزائري، وهذا حتى لا يؤدي تنفيذ القواعد السابقة، إلى حدوث تنازع بين قانون جنسية الشخص المحمي، وقانون مكان وجود المال، ويتدخل قانون القاضي، بصفته له اختصاص فرعي، في كل ما لم يتناوله القانون الشخصي، خاصة في التدابير الوقائية، الهادفة لحماية أموال القاصر بسرعة، وغالبا ما يكون قانون القاضي في هذه الحالة، هو نفسه قانون محل موقع المال<sup>(2)</sup>.

وقد نصت اتفاقية لاهاي 1961/10/05م<sup>(3)</sup>، على هذا الاختصاص بقولها: « في كافة حالات الاستعجال، تتخذ سلطات الدولة المتعاقدة، التي يوجد على إقليمها القاصر أو المال العائد له، تدابير الحماية الضرورية ».

مما نستخلصه في هذا العنصر، أن أهلية الشخص تعتبر من المسائل التي نص عليها القانون ولم يترك فيها الاجتهاد لفقهاء القانون، ومما كفله المشرع الجزائري أن جعل الأهلية متعلقة بجنسية الشخص، فلا يحاكم إلا وفق قانونه الشخصي، خاصة إذا كان مسلم.

(1) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 205.

(2) ينظر: نسرين شريفي، وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 56.

(3) بخصوص صلاحيات السلطات، والقانون الواجب تطبيقه فيما يتعلق بحماية القصر.



### المطلب الرابع: نطاق تطبيق ضابط الجنسية في تنازع القوانين

لقد اختار المشرع الجزائري، ضابط الجنسية<sup>(1)</sup>، لحل المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بصفة أساسية، وعن سبب اختيار المشرع الجزائري لهذا الضابط، هو من أجل تطبيق القانون الجزائري على الجزائريين، أينما حلوا أو ارتحلوا، وعلى أساس أنه القانون الأفضل، والأكثر عدالة، والذي يحمي مصالح الجزائريين خاصة في مجال قانون الأسرة، المستمد من الشريعة الإسلامية.

#### الفرع الأول: مفهوم الجنسية

هناك عدة تعريفات لمصطلح الجنسية، في كتب شرح القانون الدولي الخاص. منها: «هي العلاقة السياسية والقانونية، التي تربط الشخص بالدولة، وهي ترسم حقوق والتزامات أفرادها، ومراكزها القانونية؛ لتمييزها عن مراكز وأوضاع أخرى تعود للأجانب»<sup>(2)</sup>. أو «هي رابط قانوني وسياسي، يحدده قانون الدولة ويوحد الفرد بهذه الدولة»<sup>(3)</sup>. فإذا نظرنا إلى المعنيين اللغوي، والاصطلاحي، فلا نجد صلة حقيقية بينهما بل صلة مجازية، حيث تعني لغة: المشاكلة، أو المشابهة بين الأشياء المتجانسة، واصطلاحاً: أن جميع الأفراد الذين ينتمون إلى الجنسية الواحدة، يتمتعون بالحقوق والواجبات على حد سواء؛ أي أنهم يجانس بعضهم بعضاً في الحقوق والواجبات.

(1) الجنسية لغة: الجنسية مشتقة من الجنس، أو هو: «ضرب من كل شيء»، وهو من الناس، ومن الطير، والجنس أعم من النوع، ومنه المجانسة والتجنس، ويقال هذا يجانس هذا أي يشاكله» ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج2 ص383، مادة (جنس)، وذكر معنى الجنس كذلك هو «كل ضرب من الشيء» ينظر: الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص537، باب السين، فصل الجيم.

والجنسية: مؤنث من الجنس، وهي: «الصفة التي تحلق بالشخص، من جهة انتسابه لشعب، أو أمة» ينظر: مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ص140.

(2) ينظر: سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، بيروت، ط1، 1414هـ، ص230.

(3) ينظر: جيراركورنو، ترجمة: منصور القاضي، معجم المصطلحات القانونية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 1418هـ-1998م، ج1 ص373.

### الفرع الثاني: التأصيل القانوني للجنسية

يكون التأصيل للجنسية<sup>(1)</sup>، من خلال معرفة الطبيعة القانونية لها، وذلك سيكون في العنصر الأول، ثم ذكر أساس الجنسية، هل هي المنفعة؟، أم الرابطة الروحية؟، وهو ما سأفصل القول فيه في العنصر الثاني.

#### أولاً: الطبيعة القانونية للجنسية

اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للجنسية، في اتجاهين رئيسيين لتحديد تلك الطبيعة.

الاتجاه الأول: يذهب إلى وصف الجنسية بالعقد، و بأنها علاقة عقدية بين الفرد و الدولة وتمتد جذور هذا الاتجاه إلى أفكار الفقيه الفرنسي رائد نظرية العقد الاجتماعي، وشبه هذا الاتجاه تلاقي إرادتي الفرد و الدولة، بانعقاد إرادتي الإيجاب و القبول، إذ تظهرا بمظاهر مختلفة وبحسب نوع الجنسية<sup>(2)</sup>.

إضافة إلى ذلك ترتب العلاقة العقدية، حقوق و التزامات متبادلة بين الفرد و الدولة، وبذلك تنعقد إرادة الدولة بالإيجاب مع إرادة الفرد بالقبول، فترتب تلك الحقوق و الالتزامات، وقد وجه النقد لأصحاب هذا الاتجاه، إذ أن تشبيه الجنسية بالعقد، حيلة قانونية، كما أنه لا يستند إلى أساس قانوني سليم<sup>(3)</sup>.

وأمام هذا الاتجاه، ذهب اتجاه آخر في الفقه، إلى وصف الجنسية بالعلاقة التنظيمية بين الفرد و الدولة، وتختص الدولة فيها بوضع قانون ينظم آليات فرضها، ومنحها، وفقدانها واستردادها، بحسب المصالح السياسية، و الاقتصادية و الاجتماعية العليا للدولة<sup>(4)</sup>.

ولا تظهر إرادة الفرد، إلا بمساحة محدودة في إطار الجنسية المكتسبة، تتمثل في تقديم

(1) ينظر: عبد الرسول عبد الرضا جابر شوكة، محاضرة بعنوان: القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، .. الموقع: <http://www.uobabylon.edu.iq> تاريخ الزيارة 2011/6/2م.

(2) خلاصة هذه النظرية أن وجود الدولة (السلطة) يرجع إلى الإرادة المشتركة لأفراد الجماعة، ينظر: معن زيادة، الموسوعة الفلسفية العربية، معهد الإنماء العربي، 1986م، ج2 ص433.

(3) ينظر: إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الجنسية، دار النهضة العربية، 2003م، ص13، و حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص261.

(4) ينظر: عبد الرسول عبد الرضا جابر شوكة، محاضرة بعنوان: القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، .. الموقع: <http://www.uobabylon.edu.iq> تاريخ الزيارة 2011/6/2م.

طلب الحصول عليها وهذا هو الرأي الراجح<sup>(1)</sup>.

نخلص مما تقدم إلى أن الجنسية، هي علاقة قانونية، تنظم بقانون يحدد شروط فرضها، ومنحها وفقدانها واستردادها، وتغلب في تنظيم إحكامها إرادة الدولة.

### ثانياً: أساس الجنسية

توزع الفقه في البحث عن هذا الأساس على اتجاهين:

الاتجاه الأول: يمثله الفقه الانكلو امريكي، ويذهب إلى القول بأن أساس الجنسية، هي المنفعة المتبادلة، بين طرفيها الفرد، و الدولة، الفرد يستفيد من الجنسية بما ترتبه من حقوق وحماية في داخل الدولة وخارجها، ومقابل بسط سيطرتها على الذين يحملون جنسيتها في الداخل و الخارج<sup>(2)</sup>.

الاتجاه الثاني: الذي يمثله الفقه اللاتيني، ذهب إلى قيام الجنسية على أساس روحي، فيوصف الجنسية بأنها رابطة روحية قوامها الولاء السياسي للدولة<sup>(3)</sup>.

في حقيقة الأمر، أن الجنسية تقوم على أساسين مادي (نفعي)، ومعنوي (روحي)، لا يمكن الفصل بينهما؛ لأنهما متداخلان، وأحد هما يقوم على الآخر، فلا إمكانية لتجزئتهما، وأكدت هذه الحقيقة، محكمة العدل الدولية، في قضية نوتباوم 16 إبريل عام 1955م<sup>(4)</sup>.

### ثالثاً: أهمية الجنسية

تختلف وظيفة الجنسية، بحسب مكان وجود الفرد، فتكون للجنسية وظيفة داخلية، إذا كان الفرد داخل الدولة، ووظيفة دولية إذا كان خارجها، وعليه فلا بد من عرض الوظيفتين<sup>(5)</sup>.

#### أ- الوظيفة الداخلية

تؤدي الجنسية وظائف متعددة للفرد من ناحيتين:

(1) ينظر حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص 260.

(2) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 187.

(3) ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص 268.

(4) حيث اعتبرت المحكمة أن كل دولة حرة في منح جنسيتها، وقد جاء حكم المحكمة، وفقاً للقانون الدولي وقرارات محاكم التحكيم الأخرى، والآراء الفقهية. ينظر: محمد الروبي، الجنسية ومركز الأجانب في القانون المقارن، دار النهضة العربية، 2005م، ص 144.

(5) ينظر: عبد الرسول عبد الرضا جابر شوكة، محاضرة بعنوان: القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، ..

الموقع: <http://www.uobabylon.edu.iq> تاريخ الزيارة 2011/6/2م.

- الحقوق و الالتزامات، إذ تميز الوطنيين عن الأجانب، وكذلك الوطنيين الأصليين عن الطائرين، في الحقوق و الالتزامات، فالدولة بواسطة الجنسية، توفر للوطنيين حقوق و التزامات، أوفر من تلك التي توفرها للأجانب<sup>(1)</sup>.

- النظام القانوني: إذ تعتمد الجنسية في هذه الناحية، لدى أكثر دول العالم، بوصفها معيارا لتحديد الاختصاص القانوني، في مسائل الحالة الشخصية للأفراد، فالجنسية تصل ما بين حالة الشخص وأهليته، وزواجه وطلاقه، ونسبه وميراثه، و النظام القانوني لدولته، وهي من هذه الناحية تؤدي وظيفة داخلية، لها أبعاد دولية، تؤثر في المركز القانوني للفرد في العلاقات ذات البعد الدولي، فهي معيار شبه عالمي<sup>(2)</sup>.

#### ب- الوظيفة الدولية

وتتمثل في ما يلي:

- قبول الدولة دخول مواطنيها أراضيها، في حالة إبعادهم من دولة أجنبية، أو عودتهم، وهذا الالتزام يقع على عاتق كل دولة اتجاه وطنيها، وبالمقابل تلتزم الدولة، بعدم إبعاد وطنيها عن أراضيها، وخاصة الأصليين منهم.

- تلتزم كل دولة اتجاه وطنيها، بحمايتهم إذا لحقهم ضرر، ولم يكن لإرادتهم دخل في حصول الضرر<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثالث: ضابط الجنسية لحل منازعات الحالة الشخصية

يرافق تعيين جنسية الأشخاص، سواء عن طريق أسس فرضها أو منحها أو فقدانها واستردادها، جملة مشاكل تتوزع بين ظاهرة تنازع الجنسيات، ومسألة الاختصاص في مسائل الجنسية، ويتطلب ذلك التعرض لكل منهما<sup>(4)</sup>.

لقد تبنت غالبية القوانين ضابط الجنسية، لحل منازعات الأحوال الشخصية؛ لأسباب ومبررات تتعلق بتحقيق مصلحة الأفراد، وهذا ما طبقه المشرع في منازعات الحالة الشخصية

(1) ينظر: نسرين شريف وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 119.

(2) ينظر: أعراب بلقا سم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية، الجزء الثاني، ص 204 وما بعدها.

(3) ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص 263، 264.

(4) ينظر: عبد الرسول عبد الرضا جابر شوكة، محاضرة بعنوان: القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، ..

الموقع: <http://www.uobabylon.edu.iq> تاريخ الزيارة 2011/6/2م.

للجزائريين.

### أولاً: أسباب اختيار ضابط الجنسية

يحل التنازع بين القوانين عن طريق قواعد الإسناد، التي تبين بواسطة ضوابط الإسناد ما هو القانون الواجب التطبيق، وقد يحدد المشرع ضابط واحد للإسناد؛ وقد يعدد هذه الضوابط لتكون أياً منها صالحة لحل النزاع، وتحقق الأهداف المرجوة منها، ويكون التعدد إما على سبيل الترتيب والأولوية، أو على سبيل التخيير، يختار القاضي الضابط الأنسب، لحل النزاع الذي يحقق العدالة أكثر من غيره<sup>(1)</sup>.

لقد حدد المشرع الجزائري، ضابط إسناد وحيد لحل منازعات مسائل الأحوال الشخصية، وهو ضابط الجنسية، وذلك من خلال المواد من (10-13) من القانون المدني الجزائري، وهذا ما تبناه القانون المصري، في حين أن القانون التونسي عدد ضوابط حل منازعات الأحوال الشخصية؛ حيث بين أن القانون الوطني المشترك للزوجين هو المختص بحل منازعات الأحوال الشخصية، وإذا لم يتوفر هذا الضابط فيطبق قانون المقر المشترك لهما، وإلا فقانون المحكمة، وهذا لا يمنع أن دول أخرى مثل بريطانيا تأخذ بضابط الموطن لحكم مسائل الأحوال الشخصية<sup>(2)</sup>.

إن أنصار الجنسية، يرون أن الجنسية فكرة ثابتة على خلاف الموطن، وأن قانون الجنسية أفضل للأسرة الواحدة، في حال تعدد المواطن، وأنها أفضل لإبقاء رابطة الولاء بين المواطنين ودولهم<sup>(3)</sup>.

بالرغم من الفوائد التي يحققها ضابط الجنسية إلا أنه قد يشير بعض الصعوبات منها: ظاهرة تنازع الجنسيات، نتيجة لاختلاف الأسس المعتمدة، لمنح أو فرض الجنسية بين دول العالم، فهذا الاختلاف يفضي إلى تعدد الجنسية تارة، وانعدامها تارة أخرى، ويقع

(1) ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص 264.

(2) ينظر: الفصل 46 القانون الدولي الخاص التونسي، مجلة القانون الدولي الخاص، 1998/11/27م الجمهورية التونسية المنشور على الموقع الإلكتروني، [www.ar.jurispedia.org/index](http://www.ar.jurispedia.org/index)، تاريخ الزيارة (2013/11/12م) و زرواتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية، ج 1، تنازع القوانين، ص 108.

(3) ينظر: عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين دراسة مقارنة، ص 569.

بأثر التعدد التنازع الايجابي للجنسيات، أما في حالة الانعدام، فيقع التنازع السلبي للجنسيات، و للوقوف على ذلك سنعرض التنازع بنوعيه<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: التنازع الايجابي للجنسيات

في ظل هذا التنازع، يقع الشخص تحت سيادة دولتين أو أكثر، لارتباطه بكل منهما من خلال حملته جنسيتها، وقد أكدت هذا الحكم اتفاقية لاهاي لعام 1930م<sup>(2)</sup>، في المادة (3) التي أكدت على: « أنه إذا كان الشخص يحمل جنسية دولتين أو أكثر، فيمكن لكل دولة من هذه الدول أن تعتبره من وطنها».

ولنا أن نذكر في هذا الإطار، المشاكل التي تترتب على مزدوج الجنسية، التي بعضها تتعلق بمركزه القانوني، و البعض الآخر بالنظام القانوني الذي يخضع له<sup>(3)</sup>.

فمن حيث مركزه القانوني، يواجه الشخص تعدد الدول التي يقع تحت سيادتها، ومن ثم تعدد الحقوق التي يتمتع بها، و الالتزامات التي يكلف بها أمام تلك الدول<sup>(4)</sup>.

أما في إطار النظام القانوني، فإن الكثير من الدول تعتمد ضابط الجنسية، لتحديد الاختصاص القانوني، في مسائل الأحوال الشخصية، منها الجزائر، وسائر الدول العربية، فإن تعدد الجنسية، يصعب معه معرفة أي من الدول التي يحمل الشخص جنسيتها، هي صاحبة الاختصاص، في هذه المسائل وهذه الصعوبات، وغيرها تطرحها ظاهرة الازدواج في الجنسية<sup>(5)</sup>.

وقد أكدت اتفاقية لاهاي لعام 1930م، في المادة (5)، على ضرورة معاملة الشخص المزدوج الجنسية، من قبل الدول الغير على أنه يحمل جنسية واحدة.

ولوضع حلول عملية للتنازع الايجابي في الجنسيات، لابد أن يحسب مزدوج الجنسية، على حساب جنسية دولة واحدة، يكون نظامها القانوني، هو الواجب التطبيق، في

(1) ينظر: عبد الرسول عبد الرضا جابر شوكة، محاضرة بعنوان: القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، .. الموقع:

<http://www.uobabylon.edu.iq> تاريخ الزيارة 2011/6/2م.

(2) المتعلقة ببعض المسائل المتصلة بتنازع قوانين الجنسية.

(3) ينظر: محمد حبار، القانون الدولي الخاص، ص 264.

(4) ينظر: عبد الرسول عبد الرضا جابر شوكة، محاضرة بعنوان: القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، ..

الموقع: <http://www.uobabylon.edu.iq> تاريخ الزيارة 2011/6/2م.

(5) ينظر: محمد حبار، القانون الدولي الخاص، ص 264.

حقوقه و التزاماته، وفي حكم مسائل أحواله الشخصية، وهذا ما يطرح المعيار، الذي على أساسه يحدد جنسية هذه الدولة<sup>(1)</sup>.

ويختلف المركز القانوني لمزدوج الجنسية بين فرضين: الأول: إذا كان أمام القضاء الوطني، والثاني: إذا كان أمام القضاء الأجنبي.

### 1- المركز القانوني لمزدوج الجنسية أمام قاضي النزاع

إذا كان مزدوج الجنسية، يحمل من بين الجنسيات جنسية قاضي النزاع، فهنا تعتمد جنسية قاضي النزاع، ولا يعتد بباقي الجنسيات، فإذا كان الشخص يحمل الجنسية الفرنسية والاطالية و الجزائرية، وطرح نزاع متعلق به أمام القضاء الجزائري، فعلى القاضي هنا أن يعتد بالجنسية الجزائرية، ويعامل الشخص هنا معاملة وطنية<sup>(2)</sup>، (المادة 22 من القانون المدني الجزائري) ويبرر هذا الموقف كون الجنسية مسألة تتعلق بسيادة الدولة، وأن القاضي يأتزم بأوامر مشرعه ونواهيته، فحضور الجنسية الوطنية من بين الجنسيات، تعد بمثابة حضور لقانونه الوطني، الذي يوجب على القاضي تطبيقه<sup>(3)</sup>.

وهذا الاتجاه، لا يهتم بدرجة ارتباط الشخص بدولة قاضي النزاع، ومركز مصالحه وتأثير تلك الجنسية في حياته القانونية، فهو يدعو إلى اعتمادها، وأن لم تكن جنسية قاضي النزاع، من الجنسية التي يرتبط بها، أو تمثل مصالحه، أو تعكس ممارسة حقوقه المدنية، و السياسية<sup>(4)</sup>.

مما يطرح ذلك اختلاف الصفة الوطنية لمزدوج الجنسية، بحسب القاضي المعروض أمامه النزاع، إذا كان القاضي فرنسي فمزدوج الجنسية يعتبر فرنسي، وهكذا تختلف الصفة بحسب جهة طرح النزاع، ومقابل هذا الاتجاه طرح البعض بديل عن جنسية قاضي النزاع، يتمثل بالجنسية الواقعية أو الفعلية، لما لهذه الجنسية من مفهوم واحد في جميع دول العالم، فإذا كانت جنسيته الفعلية جزائرية فهو جزائري، أمام القضاء الوطني و القضاء الأجنبي<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص 190.

(2) ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص 264.

(3) ينظر: عكاشة محمد عبد العال، الجنسية ومركز الجانب في تشريعات الدول العربية، ص 548.

(4) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص 190.

(5) ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص 265.

ورغم ذلك فإن اعتماد جنسية قاضي النزاع، نال انتشار عالمي، أخذت به اتفاقيات دولية، مثل اتفاقية لاهاي لعام 1930م في المادة (3)، واتفاقية الافرواسيوية لعام 1964م، كما اعتمده الكثير من التشريعات<sup>(1)</sup>، وطبق في محاكم معظم الدول<sup>(2)</sup>.

ولا يعتد القاضي بجنسيته الوطنية من بين الجنسيات المتعددة، إذا كانت أحدها جنسية دولة معادية، حيث لا يعامل حاملها معاملة الوطني، إنما معاملة الأجنبي، وكذلك الحال لا تمارس الدولة حمايتها الدبلوماسية، إن كان الشخص يحمل جنسيتها، من بين الجنسيات المتعددة، وفي نفس الوقت كانت الدولة التي ارتكب الضرر على أراضيها يحمل ذلك الشخص جنسيتها، فلا تستطيع الأولى التدخل لحمايته قبل الثانية<sup>(3)</sup>.

## 2- مركز مزدوج الجنسية أمام قضاء لا علاقة له بالنزاع

إن تحديد جنسية دولة واحدة، ينطوي على صعوبة أكبر مما وجدناها في الحالة الأولى، ذلك لأن قاضي النزاع، لا علاقة له بمزدوج الجنسية، ومن ثم لا يملك حق ترجيح جنسيته الوطنية، فيقتضي ذلك من القاضي أن يعامل جميع الجنسيات، التي يحملها الشخص

(1) ومن هذه التشريعات ينظر: المادة (2/25) من القانون المدني المصري، والمادة (2/27) من القانون المدني السوري، والمادة (22) من القانون المدني الجزائري، كما تضمنت هذا الحل التشريعات الأجنبية، المادة (1/5) من مجموعة القانون الدولي الخاص الألماني الصادر بتاريخ 1986/7/25م، والمادة (1/23) من مجموعة القانون الدولي الخاص السويسري الصادر بتاريخ 1987/12/28م، والمادة (1/9) من مجموعة القانون الدولي الخاص النمساوي الصادر بتاريخ 1978/1/15م، والمادة (33) من مجموعة القانون الدولي الخاص التشيكوسلوفاكي الصادر بتاريخ 1963/12/4م، والمادة (1/2) من قانون 1965/11/12م، البولوني، والمادة (4) من مجموعة القانون الدولي الخاص التركي الصادر بتاريخ 1982/5/20م، أشار إليها: عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، الدار الجامعية، بيروت، 1991م، ص 76، 77.

(2) إن إعمال مبدأ جنسية القاضي الوطني، طبقته محاكم جميع الدول التي قننت هذا المبدأ، مثلا قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1972/11/7م، فقد جاء فيه «إن الوصاية على الأطفال الذين يحملون في ذات الوقت الجنسيتين الفرنسية والجزائرية يجب أن تكون محكومة بالقانون الفرنسي»، وينظر: في القضاء اليوناني قرار محكمة النقض اليونانية رقم 1985/684م، فقد قررت فيه «عندما يكون الشخص حاملا لعدة جنسيات أحدهما يونانية فإن القاضي اليوناني يقوم بالاختيار لصالح هذه الجنسية، ومن ثم فإن الشخص يعتبر يونانيا»، كما طبقه القضاء السوري والمصري والبلجيكي والهولندي والاطالي والأمريكي والألماني، حول مراجع هذا القضاء هذه الدول. ينظر: مجد الدين طاهر خربوط، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص 355 وما بعدها.

(3) ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص 264، 265.



معاملة متساوية، استناداً لمبدأ تكافؤ السیادات، فلا يرجح أو يهمل أحدهما، ولقد تعددت المواقف القانونية، بشأن حل هذه الإشكالية في عدة اتجاهات نذكر منها<sup>(1)</sup>:

### أ- الاتجاه نحو اعتماد اختيار الشخص

بحسب هذا الاتجاه، يكون للشخص حق اختيار أحد الجنسيات التي يحملها، وهذا الاتجاه يحترم حرية ورغبة الشخص، وقد أكدت اتفاقية لاهاي لعام 1930م، ذلك في المادة (6)، حيث أعطت فرصة الاختيار لمزدوج الجنسية.

إلا أن هذا الاتجاه ينتقد؛ لأنه يترك الجنسية، وهي من نظم القانون العام، ومسألة تتعلق بالسیادة، لرغبة و مشیئة الأفراد، وهذا لا ينسجم مع المنطق السليم، فكيف تترك الدولة تحديد وطنيها لإرادتهم<sup>(2)</sup>.

### ب- الاتجاه نحو اعتماد القانون الأقرب لقانون قاضي النزاع

وهذا الاتجاه يمكن القاضي، من اختيار الجنسية الأقرب قانونها لقانونه، ويؤخذ عليه، أنه يجعل من قانون قاضي النزاع، نموذج للقوانين مما يخل بمبدأ تكافؤ السیادات<sup>(3)</sup>.

### ج- الاتجاه نحو ترجيح الجنسية السابقة في الاكتساب

تعتمد هذه الجنسية، احتراماً للحقوق المكتسبة، التي نشأت في ظلها، وهي تمثل الجنسية الأقدم في الاكتساب<sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> ينظر: عبد الرسول عبد الرضا جابر شوكة، محاضرة بعنوان: القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، ... الموقع: <http://www.uobabylon.edu.iq> تاريخ الزيارة 2011/6/2م.

<sup>(2)</sup> ينظر: عبد الرسول عبد الرضا جابر شوكة، محاضرة بعنوان: القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، ... الموقع: <http://www.uobabylon.edu.iq> تاريخ الزيارة 2011/6/2م.

<sup>(3)</sup> أخذت بهذا الاتجاه المحكمة العليا الفيدرالية في سويسرا، في حكمها الصادر في: 1968/7/11م، «في النزاع الذي كان معروضا بين الجنسية الفرنسية والايطالية لزوجنة فرنسية لأحد الايطاليين فقد رجحت المحكمة الجنسية الفرنسية على اعتبار أن النظام القانوني الفرنسي أقرب إلى النظام القانوني السويسري». ينظر: محمد الروبي، قانون الجنسية المصرية ومراكز الأجانب، مطبعة الإسراء، 2003م، ص 86.

<sup>(4)</sup> لقد أخذت بهذا الاتجاه محكمة السين الفرنسية في حكمها الصادر في 1897/5/12م، ينظر: عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في أوروبا وفي مصر، مطبعة الاعتماد بشارع حسن الأكبر، 1924م، ص 137، كما اعتمد هذا الرأي من قبل المحكمة الإدارية العليا في سوريا في قرار لها، بصدد تراكم جنسيتين أحدهما وطنية فقضت بتفضيل الجنسية الأصلية بالرغم من أنها أجنبية، قرارها رقم 252 في الطعن رقم 205 لسنة 1975م، ينظر: مجد الدين طاهر خربوط، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص 308

يؤخذ على هذا الاتجاه، إهماله رغبة واختيار الشخص الذي تعاكسه الجنسية اللاحقة<sup>(1)</sup>.

### د- الاتجاه نحو اعتماد الجنسية الفعلية أو الواقعية

يستخدم على هذه الجنسية، الجنسية المهيمنة أو الغالبة، وهي التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها، وتتركز فيها أغلب مصالحه وصلاته، وتسود حياته القانونية، وممارس بها أغلب حقوقه المدنية و السياسية، و الإقامة فيها وممارسة حق الانتخاب...<sup>(2)</sup>

هذه الوقائع، أين ما يكون تركيزها فهي دولة الجنسية الفعلية، والجنسية التي لها أكبر قدر من الوقائع المتقدمة، تكون هي الجنسية الفعلية<sup>(3)</sup>.

وقد أخذت بهذا الاتجاه المادة (3) من النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية، التي نصت على: «تألف المحكمة من خمسة عشر عضوا ولا يجوز أن يكون فيها أكثر من عضو واحد من رعايا دولة واحدة، وإذا كان من الممكن عد أحد الأعضاء متمتعا بعضوية أكثر من دولة واحدة، فإنه يعتبر من رعايا الدولة، التي يباشر فيها عادة حقوقه المدنية و السياسية».

كما اعتمدت أغلب التشريعات هذا الاتجاه، منها التشريع الايطالي، والسوري والليبي والجزائري والمغربي و المصري<sup>(4)</sup>، كما أخذ به المشرع العراقي في المادة (33فقرة1) التي نصت على: «تعيين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد»، ولم يصرح المشرع العراقي، اعتماد الجنسية الفعلية، كما فعل المشرع الجزائري في القانون المدني<sup>(5)</sup>.

كما اعتمد القضاء الدولي هذا التوجه، في عدة قضايا نذكر منها قضية (كانيفارو)، بين البيرو، و ايطاليا، التي نظرتها محكمة التحكيم الدائمة في لاهاي عام 1912م، حيث انتهت المحكمة إلى اعتماد الجنسية البيروية، بوصفها الجنسية الفعلية، لتوافر مواصفات

(1) ينظر: عبد الرسول عبد الرضا جابر شوكة، محاضرة بعنوان: القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، .. الموقع: <http://www.uobabylon.edu.iq> تاريخ الزيارة 2011/6/2م.

(2) ينظر: نسرين شريف، وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص119، 120.

(3) ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، 265.

(4) ينظر: عبد الرسول عبد الرضا جابر شوكة، محاضرة بعنوان: القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، .. الموقع: <http://www.uobabylon.edu.iq> تاريخ الزيارة 2011/6/2م.

(5) المادة (22فقرة1) والتي تنص: « في حالة تعدد الجنسيات، يطبق القاضي الجنسية الحقيقية»

الجنسية الفعلية فيها من حيث الزواج، و التملك و الترشيح و الانتخاب<sup>(1)</sup>.  
كما ذهبت محكمة التحكيم، في قضية أخرى تعرف باسم (ماثيسون) عام 1903م،  
بين بريطانيا و فنزويلا، حيث انتهت المحكمة إلى اعتماد الجنسية الفنزولية، بوصفها الجنسية  
الفعلية لما تنطوي عليه من مواصفات الجنسية الفعلية<sup>(2)</sup>.

ولقد ذهبت محكمة التحكيم الأمريكية الإيرانية، عام 1981م، في قضية ناصر  
الأصفهاني، إلى اعتماد الجنسية الأمريكية بوصفها جنسيته الفعلية، إلا أن القضاء الدولي  
شكك في الجنسية الفعلية، في قضية جورج سالم، عام 1932م، بين مصر و الولايات  
المتحدة<sup>(3)</sup>، وتبنى المشرع الجزائري الجنسية الحقيقية، المادة(22) من القانون المدني.

وعليه نخلص إلى نتيجة مفادها، استقرار مبدأ الجنسية الفعلية في ظل طرح النزاع  
المتعلق بشخص مزدوج الجنسية أمام القضاء الدولي، أو القضاء الوطني لدولة لا علاقة لها  
بالنزاع، نظرا لما يحققه هذا المبدأ من أمن قانوني للأفراد، وتحقيق مصلحته، فهذا الاتجاه  
يركز على قصد المشرع من وضع القاعدة<sup>(4)</sup>.

### ثالثا: التنازع السلبي للجنسيات

ينشأ هذا التنازع، عن وجود شخص عديم الجنسية، تتخلى عنه جميع الدول؛ لأنه لا  
ينتمي إلى أي منها، وبالتالي يواجه مشكلة تتعلق بالقانون الذي يحدد حقوقه والتزاماته،  
والقانون الواجب التطبيق على حالته الشخصية في الدول التي تعتمد الجنسية ضابطاً،  
لتحديد هذا القانون، فإن هذا الشخص، إنه ليس أجنبياً عن الدولة التي يقيم فيها فقط، بل  
هو أجنبي عن سائر الدول<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص 265.

(2) ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص 265.

(3) ينظر: زرواتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية، ج 1 ص 108.

(4) ينظر: عبد الرسول عبد الرضا جابر شوكة، محاضرة بعنوان: القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، ..

الموقع: <http://www.uobabylon.edu.iq> تاريخ الزيارة 2011/6/2م.

(5) هذا المركز القانوني أشارت إليه محكمة القضاء الإداري المصرية، في أحد الأحكام الصادرة عنها، والذي جاء

فيه «إذا صح أن عديم الجنسية ينطوي في المدلول العام لمعنى الأجنبي، فلا ريب في أن صفة الأجنبي بالنسبة  
إليه ليست نسبية كما هي الحال فيما يتعلق بالأجنبي العادي، وإنما هي مطلقة، إذ هو في الواقع أجنبي عن جميع

الدول، ...»، حكمها الصادر بتاريخ 1955/1/18م. ينظر: محمد الروبي، الجنسية ومركز الاجانب في القانون

المقارن، ص 173.

وقد واجه الفقه، إزاء هذا الوضع حلول متعددة، منها عندما اعتمد قانون القاضي بديلاً عن قانون الجنسية، وهناك من اعتمد قانون جنسية آخر دولة، كان يحمل الشخص جنسيته<sup>(1)</sup>، واعتمدت هذا الحل اتفاقية لاهاي لعام 1930م، في المادة (1) «إذا لم يسبق حمله لجنسية يعتمد قانون مكان ميلاده».

إلا أن الحل الأكثر استقراراً على مستوى الفقه والقضاء و التشريع، هو القائل باعتماد الصلة الأقوى للشخص عديم الجنسية، هي دولة جنسيته المفترضة، وقد اعتمدت هذا الحل اتفاقية جنيف لعام 1951م<sup>(2)</sup>، و اتفاقية نيويورك المبرمة في 1954/9/28م، بشأن وضع عديمي الجنسية فقضت في المادة (12فقرة1) منها على: «أن تخضع الأحوال الشخصية لعديم الجنسية لقانون موطنه أو لقانون بلد إقامته إن لم يكن له موطن»، ولقد اعتمدته بعض القوانين الأوربية<sup>(3)</sup>.

كما نص القانون المدني المصري في هذا الاتجاه المادة (25فقرة1) التي نصت: «تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد»، وذهب المشرع العراقي إلى هذا الحل المادة(33فقرة1) من القانون المدني، والتي نصت: «تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو تثبت لهم جنسيات متعددة واحد».

وبين المشرع الجزائري، في المادة (22فقرة2) من القانون المدني، أنه في حالة انعدام الجنسية يطبق قانون الموطن، أو محل إقامة عديم الجنسية.

#### **رابعاً: حجية الأحكام الصادرة في مسائل الجنسية**

إن حجية الأحكام بشكل عام نسبية، كونها تؤثر في المراكز القانونية، لأطراف النزاع، الذي صدر الحكم في شأنهم، دون أن تتعداهم إلى الغير، فنطاق الحجية وفقاً لهذا المعنى، يتحدد بوحدة الخصوم والمحل والسبب، وتطبيق الحجية النسبية في مجال الأحكام الصادرة في شأن الجنسية، يؤدي إلى عدم الاعتراف بالحكم الصادر في شأن جنسية شخص معين،

(1) ينظر: عبد الرسول عبد الرضا جابر شوكة، محاضرة بعنوان: القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، ... الموقع: <http://www.uobabylon.edu.iq> تاريخ الزيارة 2011/6/2م.

(2) اعتمدها يوم 28 تموز/يوليه 1951م، مؤتمر الأمم المتحدة للمفوضين بشأن اللاجئين وعديمي الجنسية، القرار رقم: 429.

(3) ينظر: محمد حبار، القانون الدولي الخاص، ص266.

فإذا كان الحكم قد قضى بثبوت الصفة الوطنية للشخص، الذي كانت جنسيته محلاً للنزاع، فإن أعمال هذا المبدأ، لا يمنع من إنكار هذه الصفة على نفس الشخص، بمقتضى حكم آخر صادر في منازعة أخرى<sup>(1)</sup>.

ومثل هذه النتيجة التي يؤدي إليها مبدأ نسبية أثر الأحكام، تتعارض دون شك مع رابطة الجنسية التي تعد صفة قانونية في الشخص، والتي تنشأ وتنقضي بحكم القانون، فقد حرصت غالبية التشريعات الحديثة على تأكيد الحجية المطلقة لأحكام الجنسية، ومن هذه التشريعات تشريع الجنسية الفرنسي و المصري و السوري، والتي نصت صراحة على الحجية المطلقة للأحكام الصادرة بمسائل الجنسية، وعلى هذا الاتجاه استقر العمل في القضاء المقارن<sup>(2)</sup>.

ومع هذا فإن آفاق تطور فكرة الامتياز تبقى متاحة؛ لأنه يحمل الكثير من المزايا، خاصة إذا تدخل التشريع، بقواعد إسناد صريحة، و أوضح في كل فكرة مسندة، الحلول التي تلائمها، والملاحظ أن تلك الصعوبات المتعلقة بضابط الجنسية، كانت من بين الحجج التي استغلها أنصار قانون الموطن، للمناداة بإخضاع الأحوال الشخصية، لهذا القانون، بدلاً من الجنسية<sup>(3)</sup>.

وما نخلص إليه، أن ضابط الإسناد المتمثل في الجنسية، والذي يحدد القانون الواجب التطبيق، على جميع علاقات الأحوال الشخصية، قد أخذ به في معظم القوانين العربية، واللاتينية، على الرغم من أنه يشير مجموعة من الصعوبات، سواء أثناء محاولة تعيين القانون الشخصي، أو أثناء محاولة تطبيقه، إلا أن التشريعات، تبنت عدة حلول لمواجهة تلك

(1) ينظر: محمد حبار، القانون الدولي الخاص، ص 309.

(2) ينظر: قرار محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 44 لسنة 49 ق (أحوال شخصية) جلسة 1983/6/28م، فقد قررت فيه: «...الأحكام التي تصدر في مسائل الجنسية تعتبر حجة على الكافة». إبراهيم سيد أحمد، القانون الدولي الخاص، ص 19، وينظر في القضاء اللبناني قرار محكمة بداية بيروت المدنية الصادر بتاريخ 1962/11/9م، حيث قررت فيه « إن الأحكام الصادرة في مادة الجنسية تتمتع بالحجية المطلقة إذا كانت الدولة ممثلة بالدعوى»، ينظر: هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الجنسية اللبنانية، الدار الجامعية، بيروت، 1980م، ص 147.

(3) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص 187، 188؛ و موشعال فاطمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، رسالة ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة تلمسان، 2011م-2012م، ص

العقبات، وهذا دليل على أن تلك الصعوبات، لن تؤثر في ضابط الجنسية، ولا في نجاعته، في حل مشاكل تنازع القوانين.

علما أن الشريعة الإسلامية، عقيدة موجهة للبشر جميعا، لا ينكر عليها أنها لم تعرف فكرة الجنسية، التي تمثل رابطة بين الفرد والدولة، بل إن هذا المعنى مبثوث في النصوص القرآنية، والسنة النبوية.

وتقوم المواطنة في الشريعة الإسلامية، على أساس العقيدة والديانة بالنسبة للمسلمين، كما تقوم بالنسبة لأهل الذمة، على الالتزام بأحكام الإسلام، بموجب عقد الذمة، ووفقا لأحكامه، وذلك استنادا إلى أن لهم ما لنا وعليهم ما علينا، ومن ثم فإنهم من مواطني الدولة الإسلامية.

أما المستأمن (الأجنبي بالمصطلح المعاصر) فلا يتمتع بالجنسية في الدولة الإسلامية، ليس له إلا التمتع بحقوق الأجانب، وتتغير الجنسية في الدولة الإسلامية، إذا تغير الأساس الذي تقوم عليه.

## الفصل الثاني

**حقيقة اعتبار المآل في الفقه الإسلامي**

**والقانون الوضعي**

**المبحث الأول: تعريف مآلات الأفعال وأدلة  
اعتبارها.**

**المبحث الثاني: الصبغة المقاصدية والوصف**

**الأصولي لمبدأ اعتبار المآل**

**المبحث الثالث: النظريات والقواعد الفقهية**

**الأكثر صلة باعتبار المآل**

**المبحث الرابع: الغاية من التشريع الوضعي**

## الفصل الثاني: حقيقة اعتبار المآل في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

إن مبدأ اعتبار المآلات، من أهم القواعد التي يتأسس عليها علم مقاصد الشريعة؛ وذلك لما يمتاز به من خاصيتي الغائية والواقعية، وموافقة الأفعال في الظاهر والباطن، والحال والمآل، للمقاصد والغايات التي قصدتها الشارع، واستهداف الموازنة بين المصالح والمفاسد، مع استشراف المستقبل، ولا شك أن هذه العناصر، هي المحاور الجوهرية التي ينطلق منها النظر في مقاصد التشريع.

المبحث الأول: تعريف مآلات الأفعال وأدلة اعتبارها

المبحث الثاني: الصبغة المقاصدية والوصف الأصولي لمبدأ اعتبار المآل

المبحث الثالث: النظريات والقواعد الفقهية الأكثر صلة باعتبار المآل

المبحث الرابع: الغاية من التشريع الوضعي

إن اعتبار مآلات التصرفات، أصل لاحظته الشارع نفسه، في تصريف الأحكام، و التزمه الصحابة رضي الله عنهم بعد النبي صلى الله عليه وسلم، كما أن الأئمة المجتهدين، قد لاحظوه في اجتهاداتهم أيضا، ويظهر ذلك أكثر في كل من المذهب المالكي والحنبلي، ثم الحنفي، فالشافعي.

### المبحث الأول: تعريف مآلات الأفعال وأدلة اعتبارها

إن اعتبار مآلات الأحكام، هو أمر عظيم الشأن جليل القدر، إذ لولاه لأمكن أن تؤدي الفتاوى والآراء الاجتهادية، إلى عكس مقصود الشارع، من النصوص المستخدمة في استخراج تلك الأحكام.

كما أن اعتبار مآلات الأحكام، أمر تآزرت عليه النصوص الشرعية، وتكاتفت على بنائه، وتأصيله النظرية العامة للشريعة، وهو أمر عرف من استقراء عامة النصوص، ومفهوماتها، حيث لا بد أن يتحقق قصد الشارع من شرعه، والغاية من خلقه.

ففي هذا المبحث سوف أعرف الاعتبار ثم المآلات، وبعدها أذكر دليل المآلات من الكتاب والسنة، وأقوال الصحابة رضي الله عنهم.



### المطلب الأول: مفهوم اعتبار المآل

سأتناول في هذا المطلب تعريف الاعتبار أولا، ثم المآلات ثانيا، وبعدها أعرف المركب اعتبار المآل، اقتباسا من مصادر اللغة، ومن كتب المقاصد والمراجع، التي تناولت هذا الموضوع بالبحث والتفصيل.

### الفرع الأول: معنى الاعتبار لغة

تناولت في هذا الفرع، البحث في معنى الاعتبار، لغة واصطلاحا، وبيان ذلك في العناصر الآتية.

### أولا: الاعتبار لغة

من معاني الاعتبار في اللغة، هو العبور والمجازة والانتقال، وكلها تدور على العبور من مسألة الى أخرى، وانتقال الذهن من موضع الى آخر، من عبر الشيء، واعتبره. ويقال للاعتبار: العبرة كذلك.

وأیضا : الاعتاض والتذكر، ومنه قوله تعالى: ﴿بَاعْتَبِرُوا يٰۤاُولَی ۤالْبَصْرِ﴾<sup>(1)</sup>.

ومنها الاعتداد بالشيء في ترتب الحكم ونحوه<sup>(2)</sup>، ومنها الاستدلال بالشيء على الشيء<sup>(3)</sup>.

### ثانيا: الاعتبار اصطلاحا

لقد اعتبره الفقهاء الأوائل، عند النظر في المسائل، دون أن يذكروا له تعريفا خاصا به، ويعتبر الاعتبار من أنواع الفقه الدقيق، ومن الذين ذكروه في كتبهم نجد: « الاعتبار ليس شيئا أكثر من استنباط المجهول من المعلوم، واستخراجه منه»<sup>(4)</sup>.

وذكر في التحرير: « الاعتبار النظر في دلالة الأشياء على لوازمها وعواقبها و أسبابها»<sup>(5)</sup>.

(1) الآية 02، من سورة الحشر

(2) ينظر: الفيومي أحمد بن محمد، المصباح المنير، المكتبة العلمية، بيروت، ص 202.

(3) ينظر: ابن منظور، لسان العرب ج 9 ص 17، 18.

(4) ينظر: ابن رشد أبو الوليد، فصل المقال، تحقيق: محمد عمارة، دار المعارف، ط2، ص 35.

(5) ينظر: الطاهر ابن عاشور، التحرير والتنوير، مكتبة العلوم والحكم، المدينة النبوية، ج 28 ص 72.

ومن ظاهر هذين التعريفين، نخلص إلى أن الاعتبار، ما هو إلا النظر في المسألة، وعبور الذهن إلى أشباهها ونظائرها، والانتقال بالفكر إلى عواقبها، واستشراق كل ما ينتج عنها. وهناك تعريف آخر، لأحد الفقهاء المعاصرين، وهو: « أصل كلي، يقتضي اعتباره تنزيل الحكم على الفعل، بما يناسب عاقبته المتوقعة استقبالا»<sup>(1)</sup>.

وهذا التعريف لا يغفل حقيقتين، وهما: النظر في المسألة، وتوقع النتائج في المستقبل، وتنزيلها على الأحكام، ومقاصدها.

### الفرع الثاني: معنى المآلات لغة

المآلات جمع مفردة مآل، والمآل مصدر للفعل آل، وأصله أول، لكن تحركت الواو وانفتح ما قبلها، فقلبت ألفا ف قيل آل<sup>(2)</sup>. ويطلق المآل في اللغة على معان عدة، منها ما يأتي: الرجوع والمصير و العاقبة: يقال آل الشيء يؤول أولاً ومآلاً، بمعنى رجوع وعاد، وآل الشيء إلى كذا بمعنى صار إليه<sup>(3)</sup>، وهو النتيجة والغاية التي يصير إليها الفعل. ويقال: آل عنه، بمعنى ارتد ورجع<sup>(4)</sup>.

– الإصلاح والسياسة: يقال: «آل الرجل رعيته يؤولها إيالة، إذا أحسن سياستها»<sup>(5)</sup>.

– الأهل: يقال: «آل الرجل، والمراد بذلك أهل بيته، وسموا بذلك لأنه إليه مآلهم، وإليهم مآله»<sup>(6)</sup>.

ومنه «آل النبي ﷺ، أي: أهل بيته»<sup>(7)</sup>، وذكر ذلك في الحديث الشريف.

(1) ينظر: فريد الأنصاري، المصطلح الأصولي عند الشاطبي، 1424هـ – 2004م، ص 457.

(2) ينظر: الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير، ص 40 مادة(الأول).

(3) ينظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج1ص159 – 162 مادة (أول)، و ابن منظور، لسان العرب، ج11 ص32 (أول)، الفيومي، المصباح المنير، ص 41 مادة (الأول).

(4) ينظر: ابن منظور، لسان العرب ج 11 ص 63 مادة (أول).

(5) ينظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج10ص160 مادة ( أول)، ابن منظور، لسان العرب، ج11ص34 مادة (أول)، والفيومي، المصباح المنير، ص41 مادة (أول).

(6) ينظر: محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، المطبعة الكلية، مصر، ط1، 1329 هـ، ص25 (أول).

(7) ومنه قول النبي ﷺ: « اللهم صل على محمد وعلى آل محمد » رواه البخاري في كتاب أحاديث الأنبياء، باب: قوله تعالى:

﴿وَاتَّخَذَ اللَّهُ إِبْرَاهِيمَ خَلِيلًا﴾ الآية124، من سورة النساء، ج4ص146، رقم الحديث (3370)، ورواه مسلم في كتاب الصلاة،

باب: الصلاة على النبي بعد التشهد، ج1ص305، رقم الحديث (406).

- الخثر : يقال: «آل الدهن، بمعنى خثر، واجتمع بعضه الى بعض، واللبن الآيل الخاثر»<sup>(1)</sup>.

وخلاصة القول في هذه المعاني اللغوية المختلفة، إن كل معنى هو مرتبط بالحال أو الهيئة التي يكون عليها الشيء، أثناء الأيلولة، وما يهمنا في البحث، المعنى الذي له ارتباط بالمعنى الاصطلاحي، وهو المعنى الأول، وهو المرجع و المصير، والنتيجة، التي يرجع إليها الفعل.

### الفرع الثالث: المعنى الاصطلاحي للمآلات

لم يرد ذكر مصطلح مآلات الأفعال، عند الأصوليين فضلاً عن تعريفه، باستثناء الشاطبي، الذي ذكر أن النظر في مآلات الأفعال أصل معتبر شرعاً، ولعل عدم ذكر الأصوليين لهذا المصطلح يعود إلى سبب:

السبب الأول: أن مآلات الأفعال قاعدة مقاصدية<sup>(2)</sup>، ولم يذكر الأصوليين قواعد المقاصد في كتب أصول الفقه<sup>(3)</sup>.

السبب الثاني: أن الأصوليين ذكروا القواعد الأصولية، المبنية على النظر في مآلات الأفعال، وهي تمثل الجانب التطبيقي للقاعدة، فكان انشغالهم بتقرير هذه القواعد التشريعية؛ كالمصالح، وسد الذرائع وفتحها، ومراعاة الخلاف، والاستحسان وغيرها، دون النظر إلى القاعدة الكلية، التي تجمع هذه القواعد برباط واحد، ولذلك لم يحظ مصطلح المآلات بعناية الأصوليين بذكره وبيانه<sup>(4)</sup>.  
و مما سبق ذكره في تعريف المآلات، يمكن تعريف مصطلح مآلات الأفعال بأنه: « الآثار المترتبة على أفعال المكلفين، ويراد بذلك النتائج والثمرات، التي تفضي إليها التصرفات الصادرة عن المكلفين الاعتقادية أو القولية أو الفعلية»<sup>(5)</sup>.

بما أن معنى مآل الفعل، نتيجة الفعل وعاقبته، فإن هذه النتيجة التي يؤول إليها فعل المكلف، هي محل نظر المجتهد، حينما يصدر الحكم الشرعي للفعل، وهذا هو ما يعرف بالنظر في مآلات الأفعال - كما صاغ ذلك الشاطبي - وبعضهم عبر باعتبار المآلات، والبعض بالتحقيق

(1) ينظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة ج1 ص159 مادة (أول)؛ وابن منظور، لسان العرب ج11 ص34 (أول).

(2) معنى القاعدة المقصدية: «هي المعنى العام المستفاد من أدلة الشريعة المختلفة، الذي أراد الشارع إقامته من خلال ما بني عليه من أحكام»، ينظر: الكبلاني، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، دار الفكر، دمشق، ط1، 1421هـ، ص57.

(3) ينظر: وليد بن علي الحسين، مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، دار التدمرية، الرياض، ط2، 1430هـ - 2009م، ج1 ص33.

(4) ينظر: يوسف بن عبد الله أحميتو، مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، مركز نماء للبحوث، بيروت، ط1، 2012م،

ص44.

(5) ينظر: وليد بن علي الحسين، مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، ج1 ص33.

في المآلات، والمعنى واحد، وإن اختلفت الألفاظ والصيغ، ولذلك ورد عند المعاصرين بيان معنى النظر في مآلات الأفعال؛ لأن المقصود من المآلات هو النظر فيها واعتبارها<sup>(1)</sup>.  
وقد أشار الشاطبي عند استدلاله لأصل النظر في مآلات الأفعال إلى معناه، فقال: «وأما المصالح الدنيوية فإن الأعمال - إذا تأملتها - مقدمات لنتائج المصالح، فإنها أسباب لمسببات، هي مقصودة للشارع، والمسببات هي مآلات الأسباب، فاعتبرها في جريان الأسباب مطلوب، وهو معنى النظر في المآلات»<sup>(2)</sup>.

معنى النظر في المآلات الأفعال، كما ذكر الشاطبي: اعتبار المسببات في جريان الأسباب، أي: اعتبار ما تؤول إليه الأسباب من مسببات عند مباشرة الأسباب، فإن الأسباب شرعت لمسببات مقصودة للشارع، فيلزم من مباشرة الأسباب اعتبار المسببات المقصودة منها.  
وما ذكره الشاطبي لا يعتبر تعريفاً اصطلاحياً دقيقاً لهذا المصطلح، على منهج العلماء السابقين في عدم الاعتناء بالمصطلحات، بقدر اعتنائهم بتأصيلها، وتطبيقاتها والعمل بمقتضاها، وذلك اكتفاء بوضوح المصطلحات وظهور دلالتها لديهم<sup>(3)</sup>.

وقد وردت تعريفات لمصطلح النظر في مآلات الأفعال عند المعاصرين، كما يأتي:  
منها: «أن يأخذ الفعل حكماً يتفق مع ما يؤول إليه، سواء أكان يقصد ذلك الذي آل إليه الفعل، أم لا يقصده»<sup>(4)</sup>.

و هناك تعريف آخر: «أن يعمل المكلف فيما هو بسبيله، من ممارسة حق أو إباحة على تحقيق المواءمة، بين ما يقتضيه الواقع ومقتضيات مقاصد التشريع، بحيث لا تقع المناقضة بينهما من حيث القصد أو المآل»<sup>(5)</sup>.

(1) من الرسائل التي بحثت في هذا الأمر نجد: اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، ل: عبد الرحمن السنوسي، و مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، ل: وليد بن علي الحسين، ومبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، ل: يوسف عبد الله أحميتو، وغيرها، هذه عبارة عن رسائل جامعية ثم طبعت.

(2) ينظر: الشاطبي إبراهيم بن موسى، الموفقات في أصول الشريعة، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط1، 1417هـ - 1997م، ج4 ص553.

(3) ينظر: وليد بن علي الحسين، مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، ج1 ص34.

(4) ينظر: أبو زهرة، أصول الفقه، ص 269.

(5) ينظر: فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 4، 1408هـ - 1988م،

ومنها كذلك: « التحقق والتثبت، مما يسفر عنه تنزيل الحكم الشرعي على الأفعال، من نتائج مصلحة أو ضرورية، تسهم في تكييف الحكم المراد سياسة الواقع به»<sup>(1)</sup>.

وكذلك: « تحقيق منط الحكم بالنظر، في الاقتضاء التبعي الذي يكون عليه عند تنزيله، من حيث حصول مقصده، والبناء على ما يستدعيه ذلك الاقتضاء»<sup>(2)</sup>.

عند النظر في هذه التعريفات، نجد أن الألفاظ التي وردت فيها: التحري، والتثبت، والتحقق، وأن يعمل المجتهد، وهذه تبين أن المقصود من مآلات الأفعال هو اعتبارها، والاعتداد بها لتقع الأفعال موافقة لمقاصد الشريعة، وهذا من عمل المجتهد، وأحسن هذه التعاريف هو التعريف الأخير<sup>(3)</sup>.

وعند تأمل هذه التعاريف، يلاحظ أن هذه التعريفات لمآلات الأفعال، تتفق في الدلالة على معنى واحد وإن تباينت في الألفاظ، وهو الاعتداد في الحكم على الأفعال، الصادرة عن المكلفين بالنتائج لمقصد الشارع من تشريع الأحكام.

ومن أنسب التعريفات لمعنى النظر في مآلات الأفعال هو: « الاعتداد بما تفضي إليه الأحكام عند تطبيقها بما يوافق مقاصد التشريع»<sup>(4)</sup>.

المراد بالاعتداد هو الاهتمام عند الحكم، بما يؤدي إليه الفعل، وقد يكون الفعل المتضمن لمصلحة، يؤول إلى مفسدة، أو تجعل الفعل المتضمن لمفسدة يؤول إلى مصلحة، وهذا هو المقصود من اعتبار مآلات الأفعال، وهو تحقيق مقاصد التشريع، في أفعال المكلفين على الدوام<sup>(5)</sup>.

ومن أمثلة الأحكام الفقهية المبنية على اعتبار مآلات الأفعال ما يأتي:

- البيع جائز لما يحققه من مصالح، لكن من باع سلعة بعشرة إلى أجل، ثم اشتراها بخمسة نقداً، فإن هذا يؤول إلى الإقراض بالربا وهو محرم، فيحرم الفعل نظراً لما يؤول إليه.
- النكاح يكون واجباً، في حق من يخاف على نفسه الوقوع في الزنا إذا كان مستطعياً، لئلا يفضي تركه إلى الوقوع في الزنا<sup>(6)</sup>.

(1) ينظر: بشير جحيش، الاجتهاد التنزيلي، كتاب الأمة، العدد 93، تاريخ النشر: المحرم 1424هـ - مارس 2003م، ص 109.

(2) ينظر: السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، دار ابن الجوزي، ط 1، 1424هـ، ص 19.

(3) ينظر: يوسف بن عبد الله أحميتو، مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، ص 43.

(4) ينظر: وليد بن علي الحسين، مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، ج 1 ص 37.

(5) ينظر: السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، ص 21.

(6) ينظر: وليد بن علي الحسين، مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، ج 1 ص 38.

### المطلب الثالث: نشأة مصطلح مآلات الأفعال

تعتبر قاعدة اعتبار مآلات الأفعال، متضمنة في الأدلة الشرعية والقواعد الأصولية، وذلك من خلال الاستقراء، تبين أن من المقاصد الشرعية التي راعاها التشريع في الأحكام، وبنى عليها كثيراً من الأحكام التكليفية، والنظر فيما تؤول إليه الأفعال، وعليه يكون نشوء القاعدة مرتبطاً بنزول الشريعة الإسلامية، لدلالاتها على القاعدة.

وكان ظهور القاعدة من الناحية التطبيقية، من خلال ما تؤول إليه الأفعال، في الأحكام الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية، كما ورد اعتبارها جلياً عند الصحابة، في استنباطاتهم الفقهية وتطبيقاتهم العملية، التي راعوا فيها ما تؤول إليه تصرفات المكلفين، واعتبر أئمة المذاهب والفقهاء المآلات في تطبيقاتهم وتفريعاتهم الفقهية، واستدلوا بالقواعد الأصولية المبنية على اعتبار مآلات الأفعال<sup>(1)</sup>.

وقد ورد في كتب القواعد الفقهية، قاعدتان تتصلان بقاعدة اعتبار المآل هما:

القاعدة الأولى: قاعدة «العبرة بالحال أم بالمآل»<sup>(2)</sup>: بمعنى هل المعتبر في الحكم اعتبار

حال الفعل، أم مآله الذي يؤول إليه، وتفرع على أن العبرة بالمآل فروع فقهية منها:

- جواز بيع الحيوان الصغير (كصغار الخيل)، وإن لم ينفع حالاً، لتوقع النفع به مآلاً<sup>(3)</sup>.

- جواز التيمم لمن معه ماء، يحتاج إلى شربه في المآل، لا في الحال<sup>(4)</sup>.

والمراد بالمآل في القاعدة العاقبة، أي ما يؤول إليه الفعل في المستقبل، وهذه القاعدة تمثل جزءاً من قاعدة اعتبار مآلات الأفعال، بالنظر في العاقبة التي يؤول إليها الفعل مستقبلاً، لكنها ليست في معناها وشمولها ومراعاتها، لتحقيق موافقة نتائج أفعال المكلفين لمقاصد التشريع<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: يوسف بن عبد الله أحميتو، مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، ص45.

(2) ينظر: ابن السبكي، الأشباه والنظائر، تحقيق: عادل عبد الموجود، وعلي عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1،

1411 هـ ج1 ص10.

(3) ينظر: ابن السبكي، الأشباه والنظائر، ج1 ص103.

(4) ينظر: السيوطي عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر، تحقيق: مركز الدراسات والبحوث بمكتبة نزار الباز، مكتبة

نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، الرياض، ط2، 1418 هـ - 1997 م، ج1 ص253.

(5) ينظر: وليد بن علي الحسين، مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، ج1 ص40.

القاعدة الثانية: قاعدة «سلامة العاقبة»<sup>(1)</sup>، نص فقهاء الشافعية على اشتراط سلامة العاقبة في كثير من فروعهم الفقهية، كقولهم في التعزير يجوز بشرط سلامة العاقبة<sup>(2)</sup>، والمراد بالعاقبة مآل الفعل، فالمآل يطلق على العاقبة، وهذه القاعدة كسابقتها في أنها تمثل جزءاً من قاعدة اعتبار مآلات الأفعال، لكن ليست في دلالتها وشمولها ومراعاتها، لتحقيق مقاصد التشريع<sup>(3)</sup>.

ومن القواعد الفقهية ما تعتبر تطبيقاً لقاعدة اعتبار مآلات الأفعال، كقاعدة درء المفسد أولى من جلب المصالح، وإذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما، والضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، ويتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، وغيرها من القواعد الفقهية التي تمثل الجانب التطبيقي لاعتبار مآلات الأفعال، وتعتبر جزءاً منها، لكن لا تدل على ذات معناها<sup>(4)</sup>.

أما الأصوليين فإنهم قد عملوا بمقتضاها، من خلال ما أصلوه من القواعد الأصولية المبنية على النظر في المآلات، كالاستحسان، وسد الذرائع، وتحقيق المناط، وغيرها، وإنما لم يرد ذكر المآلات عند الأصوليين؛ لكونها قاعدة مقاصدية، واكتفاءً بذكر القواعد الأصولية المبنية عليها، فكانوا يراعون القواعد المالية، تطبيقاً عند الاجتهاد والاستنباط<sup>(5)</sup>.

وبهذا فإن المذهب المالكي، هو أسبق المذاهب الفقهية، في تأصيل قاعدة النظر في المآلات الأفعال، وذلك عائد لتوسع أصولي المالكية، في الاستدلال والعمل بالقواعد الأصولية المالية، أكثر من غيرهم، كسد الذرائع، ومراعاة الخلاف، والمصالح، وغيرها، وذكر الشاطبي مآلات الأفعال، امتداد لما سار عليه علماء الأصول المالكية، من التوسع في القواعد المالية<sup>(6)</sup>.

أو لمنهج الشاطبي، الذي ربط فيه القواعد الأصولية بمقاصد الشريعة، والنظر في مآلات الأفعال، من أصول التشريع التي راعاها الشارع في الأحكام، ولذلك حظيت باهتمام كبير من طرفه<sup>(7)</sup>.

(1) ينظر: بدر الدين الزركشي، المنشور في قواعد، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، 1421هـ - 2000م، ج1 ص409.

(2) ينظر: الزركشي، المنشور في قواعد، ج1 ص409.

(3) ينظر: وليد بن علي الحسين، مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، ج1 ص40.

(4) ينظر: يوسف بن عبد الله أحमितو، مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، ص50.

(5) ينظر: وليد بن علي الحسين، مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، ج1 ص41.

(6) ينظر: السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، ص23.

(7) ينظر: وليد بن علي الحسين، مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، ج1 ص41.

نستخلص أن مصطلح مآلات الأفعال، لم يكن موجوداً بهذا اللفظ، من حيث كونه مصطلحاً، أما من حيث استعماله وتطبيقاته فقد ورد في القرآن الكريم، وفي السنة النبوية، وفي التطبيقات الفقهية وهو ما سأبينه لاحقاً إن شاء الله.

### المطلب الرابع: الألفاظ ذات الصلة بالمآلات

يقترّب من حيث المعنى، مع مصطلح مآلات الأفعال لفظان هما: الوسائل، والمسببات.

أولاً: الوسائل:

الوسائل أحد قسمي مصادر الأحكام، إذ أن مصادر الأحكام تنقسم إلى مقاصد ووسائل<sup>(1)</sup>،

وبيانها كالآتي:

#### 1 - المقاصد<sup>(2)</sup>:

المقاصد هي: «الأفعال المتضمنة للمصالح، أو المفسد في أنفسها»<sup>(3)</sup>.

بمعنى أن يكون الفعل مقصوداً في ذاته؛ لتضمنه للمصلحة أو المفسدة في نفسه، دون أن يتوقف على غيره، كوجوب الجهاد، فإنه فعل تعلق به حكم الوجوب لذاته؛ لأنه يؤدي إلى مصلحته مباشرة، وهي حفظ الدين دون أن يتوقف ذلك على فعل آخر<sup>(4)</sup>.

#### 2 - الوسائل<sup>(5)</sup>: معنى الوسائل: «هي الأفعال المفضية إلى المقصد»<sup>(6)</sup>.

<sup>(1)</sup> ينظر: شهاب الدين أبو العباس، القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق، تحقيق: عمر حسن القيام، مؤسسة الرسالة ناشرون، ط1، 1424هـ-2003م، ج2 ص33.

<sup>(2)</sup> المقاصد في اللغة هي جمع مقصد، ويطلق المقصد في اللغة على إتيان الشيء، وأمه، والتوجه إليه، واعتزازه، ومنه قولك: قصدت الشيء، وقصدت مكة إذا توجهت إليها، ينظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج5 ص95 مادة(قصد)، وابن منظور، لسان العرب، ج3 ص353 مادة(قصد).

<sup>(3)</sup> ينظر القرافي، الفروق، ج2 ص33، و ابن جزري، تقريب الوصول، ص 253.

<sup>(4)</sup> ينظر: وليد بن علي الحسين، مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، ج1 ص43.

<sup>(5)</sup> الوسائل جمع وسيلة، وتطلق الوسيلة في اللغة على ما يتقرب به إلى الغير، وتطلق على معنى الرغبة ويدل على أنها غير مقصودة لذاتها، وإنما يتوصل بها برغبة إلى أمر آخر، ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج11 ص725 مادة (وصل)، وينظر: مصطفى مخدوم، قواعد الوسائل في الشريعة الإسلامية، دار اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 1420هـ-1999م، ص42.

<sup>(6)</sup> ينظر: المقري، القواعد، تحقيق: أحمد بن عبد الله بن حميد، مركز إحياء التراث الإسلامي مكة المكرمة، ج2 ص393، ومحمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، رتبته وضبطه: محمد عبد السلام ابراهيم، دار الكتب العلمية، ط1، 1411هـ-1991م، ج3 ص109.



ومعنى ذلك أن الوسائل غير مقصودة لذاتها، وإنما لكونها تؤدي إلى المقاصد، لذلك فإنها تأخذ حكم المقاصد المؤدية إليها<sup>(1)</sup>؛ كالسعي للجهاد، والمشي إلى الصلاة، فإن المقصود بهما التوصل إلى ما هو مقصود للشارع من الجهاد والصلاة.

وللوسائل صلة كبيرة بالمآلات، فهي مبنية عليها؛ لأنه ينظر في الوسائل إلى مآلاتها التي تؤدي إليها، من حيث تحقيقها لمقاصد الشريعة، ويكون الحكم عليها مبنياً على ما تؤدي إليه، ويتوصل إلى معرفة حكم الوسائل، عن طريق القواعد الأصولية، المبنية على مآلات الأفعال<sup>(2)</sup>.

غير أن لفظ الوسائل أخص من لفظ المآلات، فإن المآلات تشمل اعتبار ما يؤول إليه تطبيق الأحكام على المكلفين، والنظر فيما تقتضيه أحوالهم وتحقيق المناطات، وهذه ليست وسائل. وبهذا تكون العلاقة التي بينهما عموم وخصوص مطلق، المآلات أعم من الوسائل، والوسائل متفرعة عن قاعدة اعتبار المآلات<sup>(3)</sup>.

ثانياً: المسببات<sup>(4)</sup>:

عرف السبب عند الفقهاء بما يأتي: « الوصف الظاهر المنضبط دل الدليل السمعي على كونه معرفةً لحكم شرعي »<sup>(5)</sup>.

وهذا التعريف يدل على معنى واحد، وهو تخصيص السبب بما يوصل إلى الحكم الشرعي، وهذا أخص من المعنى اللغوي، مثل: حصول النصاب سبب لوجوب الزكاة، وزوال الشمس سبب لوجوب الصلاة، ويتوصل به إلى وجوبها<sup>(6)</sup>.

(1) ينظر: العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، مؤسسة الريان، بيروت، 1410هـ، ج1ص43، وابن الجوزي، إعلام الموقعين، ج3ص108.

(2) ينظر: وليد بن علي الحسين، مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، ج1ص44.

(3) ممن ذكر أن الوسائل متفرعة من قاعدة اعتبار المآلات، عبد الله التهامي، الوسائل وأحكامها في الشريعة الإسلامية، في مجلة البيان، العدد (106)، جمادى الآخرة 1417هـ - نوفمبر 1996م، ص 12.

(4) المسببات جمع مفردة مسبب، وهو مصدر ميمي للفعل سبب، والسبب في اللغة يطلق على ما يتوصل به إلى غيره، والمسبب ما يتوصل إليه عن طريق غيره، ينظر: ابن منظور، لسان العرب، في ج1ص458 مادة (سبب)، والرازي، مختار الصحاح، ص 104 مادة (سبب).

(5) ينظر: أبو الحسن سيد الدين علي، الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، لبنان، ج1ص127.

(6) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج1 ص 236.

الأسباب توصل إلى المسببات<sup>(1)</sup>، وهي: المعاني والغايات التي شرعت الأسباب لأجلها. فالأسباب - من حيث هي أسباب شرعية لمسببات - إنما شرعت لتحصيل مسبباتها، وهي المصالح المحتملة، والمفاسد المستدفة، التي قصدتها الشارع في التشريع<sup>(2)</sup>، لذا كان إيقاع الأسباب بمنزلة إيقاع المسببات؛ لأن قصد السبب يستلزم قصد مسببه<sup>(3)</sup>. يقول الآمدي<sup>(4)</sup>: «المقصود من شرع الحكم إما جلب مصلحة، أو دفع مضرة، أو مجموع الأمرين بالنسبة إلى العبد»<sup>(5)</sup>. ويقول الشاطبي: «الأحكام الشرعية إنما شرعت لجلب المصالح أو درء المفاسد وهي مسبباتها قطعاً»<sup>(6)</sup>.

مثال للمسببات: البيع المتسبب به إلى إباحة الانتفاع بالمبيع، والذكاة المتسبب بها إلى حل المذكاة، والنكاح المتسبب به إلى حلية الاستمتاع...<sup>(7)</sup>. بناء على ما سبق يكون لفظ المسببات مرادفاً للفظ المآلات، وهذا هو معنى المآلات، وقد ذكره الشاطبي فقال: «والمسببات هي مآلات الأسباب، فاعتبارها في جريان الأسباب مطلوبة، وهذا معنى النظر في المآلات»<sup>(8)</sup>، فمآل الفعل الذي يؤدي إليه هو متسبب عنه، وعليه كل ما يؤول إليه الفعل، هو متسبب عنه.

<sup>(1)</sup> ينظر: أبو المظفر، منصور بن محمد السمعاني، قواطع الأدلة في الأصول، تحقيق: عبد الله بن حافظ الحكمي، علي بن عباس الحكمي، مكتبة التوبة، 1418هـ - 1998م، ج 4 ص 523، 524.

<sup>(2)</sup> ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج 1 ص 216، 217.

<sup>(3)</sup> ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج 1 ص 188.

<sup>(4)</sup> هو أبو الحسن علي بن محمد بن سالم التعلبي الشافعي، ولد بآمد سنة 551هـ، كان فقيهاً وأصولياً، ومن مؤلفاته: الإحكام في أصول الأحكام، وغاية المرام في علم الكلام، وتوفي بدمشق سنة 631هـ. ينظر: عبد الحي بن أحمد ابن العماد، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، تحقيق: عبد القادر الأرناؤوط، محمود الأرناؤوط، دار ابن كثير، ط 1، 1406هـ - 1986م، ج 5 ص 144، وعبد الله مصطفى المراغي، الفتح المبين في طبقات الأصوليين، مطبعة أنصار السنة المحمدية بمصر، 1366هـ - 1947م، ج 2 ص 671.

<sup>(5)</sup> ينظر: الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج 3 ص 271.

<sup>(6)</sup> ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج 1 ص 173.

<sup>(7)</sup> ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج 1 ص 208، 209.

<sup>(8)</sup> ينظر: الشاطبي، الموافقات ج 4 ص 553.

### المطلب الخامس: صلة اعتبار مآلات الأفعال بعلم المقاصد

يقصد بعلم المقاصد مقاصد التشريع، وهي: «الغايات التي وضعت الشريعة؛ لأجل تحقيقها لمصلحة العباد»<sup>(1)</sup>، فقد جاءت الشريعة لتحقيق مصالح العباد في الحال والمآل، ومن المقرر أن الأحكام الشرعية تشتمل على مقاصد وغايات، قصدها الشارع عند تشريع الأحكام، وطلب تحقيقها ومراعاتها.

«التكاليف كلها راجعة إلى مصالح العباد في دنياهم وأخراهم»<sup>(2)</sup>، وجاء في إعلام الموقعين: «إن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم، ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت من العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى العيب، فليست من الشريعة»<sup>(3)</sup>، ويقول الشاطبي: «إن وضع الشرائع، إنما هو لمصالح العباد، في العاجل والآجل معا»<sup>(4)</sup>.

إن قاعدة اعتبار مآلات الأفعال، تنفرع عن هذا الأصل الشرعي الذي هو اعتبار المصالح في الأحكام، فهي تهدف إلى تحقيق هذه المقاصد والغايات، التي قصدها الشارع من الأحكام، ولما كانت الأحكام تتعلق بأفعال المكلفين، كانت الأفعال هي الأسباب التي يتوصل بها إلى مقاصد التشريع، وعلى المجتهد مراعاة هذه المقاصد في أفعال المكلفين حتى تقع موافقة لمقاصد التشريع، وهذا يكون بالنظر فيما تؤول إليه، فإن كان الفعل يؤول إلى مناقضة مقصد الشارع، فإنه لا يبقى مشروعاً؛ لأن الشريعة لم تشرع تلك الأفعال لمناقضة الشريعة وتضارب مقاصدها: «كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل»<sup>(5)</sup>.

ويقول الشاطبي: «لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد كانت الأعمال معتبرة بذلك؛ لأنه مقصود الشارع فيها - كما تبين - فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقاً والمصلحة مخالفة فالعمل غير صحيح وغير

<sup>(1)</sup> ينظر: الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، طبع المعهد العالمي للفكر الإسلامي في الولايات المتحدة الأمريكية، ط4، 1416م، ص19.

<sup>(2)</sup> ينظر: العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج2ص240.

<sup>(3)</sup> ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، ج3ص11.

<sup>(4)</sup> ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج2ص322.

<sup>(5)</sup> ينظر: العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج2ص293.

مشروع؛ لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور أخرى هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها»<sup>(1)</sup>.

ولما كانت الأحكام الشرعية، متعلقة بمصالحها المقصودة منها، كان تخلف الفعل عن مصلحته انحرافاً لمشروعية الحكم، فلا معنى لوجود الحكم إلا تحقيقه للمصلحة التي شرع من أجلها، وتكون الأفعال مناقضة لقصد الشارع من أمرين<sup>(2)</sup>.

الأول: قصد المكلف: وهو الباعث على الفعل، فالمقاصد معتبرة في التصرفات<sup>(3)</sup>، فالواجب أن يكون قصد المكلف في الفعل موافقاً لقصد الشارع، فلا يقصد بالفعل خلاف ما قصده الشارع به، كأن يقصد إضراراً بالغير، أو هدم قواعد الشرع بتحليل محرم، أو إسقاط واجب، فإذا قصد بالفعل خلاف ما قصد الشارع صار الفعل مناقضاً للشرع<sup>(4)</sup>؛ لأن الفعل لم يكن وسيلة على مقاصد الشارع؛ لأن المكلف جعل الفعل وسيلة إلى أمر آخر لم يقصده الشارع.

ومما يدل على ذلك حديث أبي موسى رضي الله عنه قال: «جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال الرجل: **يُقَاتِلُ لِلْمَغْنَمِ، وَالرَّجُلُ يُقَاتِلُ لِلذَّكْرِ، وَالرَّجُلُ يُقَاتِلُ لِيُرَى مَكَانَهُ، فَمَنْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ؟** فقال: «مَنْ قَاتَلَ لَتَكُونَ كَلِمَةُ اللَّهِ هِيَ الْعَلِيَا فَهُوَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ»<sup>(5)</sup>، من ظاهر الحديث بين النبي صلى الله عليه وسلم أنه لا يكون في سبيل الله، إلا من قصد إعلاء كلمة الله، فهو الذي يستحق الثواب.

يقول الشاطبي: « إن المكلف إنما كلف بالأعمال من جهة قصد الشارع بها في الأمر والنهي، فإذا قصد بها غير ذلك كانت بغرض القاصد وسائل لما قصد لا مقاصد، إذ لم يقصد بها

<sup>(1)</sup> ينظر: الشاطبي، الموفقات، ج2 ص660.

<sup>(2)</sup> ينظر: فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1404هـ - 1984م، ص26.

<sup>(3)</sup> ينظر: أحمد ابن تيمية، بيان الدليل على بطلان التحليل، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1، سنة النشر: 1418هـ - 1998م، ص85، و ينظر: الشاطبي، الموفقات، ج3 ص223.

<sup>(4)</sup> ينظر: الشاطبي، الموفقات، ج2 ص331.

<sup>(5)</sup> رواه البخاري في كتاب الجهاد والسير، باب: من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا، ج4 ص20، رقم الحديث (2810)، ورواه مسلم في كتاب الإمارة، باب: من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا فهو في سبيل الله، ج3 ص1512، رقم الحديث (1904).

قصد الشارع فتكون مقصودة قصداً آخر، جعل الفعل أو الترك وسيلة له، فصار ما هو عند الشارع مقصود وسيلةً عنده، وما كان شأنه هذا نقض لإبرام الشارع وهدم لما بناه»<sup>(1)</sup>.

ويقول : «كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله باطل»، والدليل على البطلان: «بأن المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد، فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولفت بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة»<sup>(2)</sup>.

الثاني: مآل الفعل: وهو النتيجة المترتبة عن وقوع الفعل، فقصد الشارع أن يكون مآل الفعل موافقا لما قصد به، لكن أحيانا يفضي الفعل المشروع إلى مآل لم يقصده المكلف<sup>(3)</sup>.  
كما أن مناقضة قصد التشريع باطل؛ لعدم حصول مقصود الشارع في الفعل، فالشارع لم يشع الأحكام ليكون مآلها مناقضا لمقصده.

واعتبار مآلات الأفعال، يهدف إلى تحقيق مقاصد الشريعة في الأفعال، ووقوعها موافقة لقصد الشارع، وعدم مناقضته من حيث القصد أو المآل، وعدم اعتبار المآلات قد يفضي إلى مناقضة مقاصد التشريع، وفوات المصالح المقصودة شرعا، أو يفضي إلى حدوث مفساد، وهذا ينافي العدل والمصلحة التي جاءت الشريعة بتحقيقهما<sup>(4)</sup>.

وخلاصة ذلك أن اعتبار المآلات، جار على وفق مقاصد الشريعة، وبهذا صلة اعتبار المآلات بمقاصد التشريع، وأنها جزء من علم المقاصد ومتفرعة عنها، وأنها تعد قاعدة مقاصدية، بل لا يمكن أن تعرف المآلات، إلا بمعرفة مقاصد التشريع، وهذه الصلة تفسر اقتران ذكر مآلات الأفعال كثيرا بعلم المقاصد، بل إن القواعد الأصولية المالية هي قواعد مقاصدية، وأكثر تفصيلا سيكون عند ذكر عنصر الصبغة المقصدية للمآلات.

<sup>(1)</sup> ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج2ص617،616.

<sup>(2)</sup> ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج2ص615.

<sup>(3)</sup> ينظر: وليد بن علي الحسين، مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، ج1ص51

<sup>(4)</sup> ينظر: السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، ص51..

### المطلب السادس: أدلة اعتبار مآلات الأفعال

إن مآلات الأفعال معتبر في التشريع، وأن الشارع قد راعاها عند صدور الأحكام جملة وتفصيلاً، مما يدل على وجوب اعتبارها في الاجتهاد.

وقد تعددت أدلة اعتبار مآلات الأفعال، في القرآن الكريم، والسنة النبوية من ناحيتين:

الأولى: من حيث التصريح بمآل الفعل، وعدم التصريح به، فتارة يرد التصريح بما يؤول إليه الفعل، وتارة يستنبط من الحكم؛ لأن الأصل في الأحكام أنها معللة، وهذا هو الغالب.

الثانية: تنوعت الأوجه المآلية، التي بنيت عليها الأدلة والأحكام الشرعية، فاستوعبت القواعد الأصولية المبنية على النظر في مآلات الأفعال، وهو ما سأبينه فيه في الفروع الآتية.

### الفرع الأول: أدلة اعتبار مآلات الأفعال في القرآن الكريم

جاءت الأحكام في القرآن الكريم معللة، لمآلات اختلفت من حيث التصريح بها تارة، وتارة أخرى متضمنة، تستنبط من خلال الأحكام، وهو مادة هذا العنصر.

### أولاً: تعليل الحكم بما يؤول إليه

إن من يستقرأ، أحكام الشريعة الإسلامية، يصل إلى نتيجة مفادها أنها وضعت لمصالح العباد<sup>(1)</sup>، وأن الله ﷻ اعتبر الأسباب، وبين الغايات والمصالح المقصودة من تشريع الأحكام، وهذا يدل على أن المآلات معتبرة في أصل مشروعية الأحكام<sup>(2)</sup>.

يقول ابن تيمية: « إن الله شرع أسباباً تفعل لتحصيل مقاصد، كما شرع العبادات من الأقوال والأفعال لا بتغاء فضله ورضوانه، وكما شرع عقد البيع لنقل الملك بالعوض، وعقد القرض لإرفاق المقرض، وعقد النكاح للازدواج والألفة بين الزوجين، والخلع لحصول البيونة المتضمنة افتداء المرأة من رق بعلها، وغير ذلك»<sup>(3)</sup>.

وقد ورد في القرآن تعليل بعض الأحكام، بما تؤول إليه من مقاصد وغايات قصدها الشارع عند تشريعها، ومن الشواهد الدالة على ذلك مايلي:

(1) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج2 ص 222.

(2) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج4 ص 554.

(3) ينظر: ابن تيمية، بيان الدليل على بطلان التحليل، ص31.

الأول: قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّاسُ عِبْدُوا رَبِّكُمْ آلَّذِي خَلَقَكُمْ وَالَّذِينَ

مِّن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾<sup>(1)</sup>، يبين الله أن عبادته تؤدي إلى التقوى<sup>(2)</sup>.

الثاني: قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْفِصَاصِ حَيَوةٌ يَّأْتِيهِمُ الْإِلْتِبَابُ لَعَلَّكُمْ

تَتَّقُونَ﴾<sup>(3)</sup>.

وجه الاستشهاد: أن الله تعالى، جعل الفصاص الذي هو موت حياة، باعتبار ما يؤول إليه من مصلحة حفظ النفس، وارتداع الناس عن القتل<sup>(4)</sup>.

يقول العز بن عبد السلام: «قتل الجاني مفسدة بتفويت حياته، لكنه جاز لما فيه من حفظ حياة الناس على العموم»<sup>(5)</sup>.

يقول الشوكاني<sup>(6)</sup>: «وهذا نوع من البلاغة بليغ، وجنس من الفصاحة رفيع، فإنه جعل الفصاص الذي هو موت حياة باعتبار ما يؤول إليه، من ارتداع الناس عن قتل بعضهم بعضاً إبقاء على أنفسهم، واستدامة لحياتهم،....»<sup>(7)</sup>.

(1) الآية 20، من سورة البقرة.

(2) ينظر: فخر الدين الرازي، التفسير الكبير، دار الكتب العلمية بيروت، 1425هـ-2004م، ج2 ص101.

(3) الآية 178، من سورة البقرة.

(4) ينظر: عماد الدين بن محمد الطبري الكيا الهراس، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، ط1، 1403هـ-1983م، ج1 ص92، ومحمد بن محمد الغزالي، شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، تحقيق: حمد الكبيسي، طبعة الارشاد، بغداد، 1390هـ-1971م ص161، وابن قيم الجوزية، التفسير القيم، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، ص143، والسعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، تصحيح: محمد البسام، مطبعة المدني، مصر، 1408هـ، ج1 ص141.

(5) ينظر: العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج1 ص87.

(6) هو: أبو علي محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، نسبة إلى قرية شوكان، ولد به ونشأ باليمن، وتفقه على مذهب الزيدية ولم يتقيد به، ومن مؤلفاته، إرشاد الفحول، ونيل الوطار...، توفي سنة 1250هـ، ينظر: محمد بن علي الشوكاني، البدر الطالع، دار الكتاب الإسلامي، ج2 ص214، وإسماعيل باشا البغدادي، هدية العارفين، دار إحياء التراث العربي بيروت، لبنان، ج2 ص365.

(7) ينظر: محمد بن علي الشوكاني، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، مكتبة أم القرى، ج1 ص176.

الثالث: قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾<sup>(1)</sup>.

ويستشهد من الآية: أن الله تعالى، أرشد إلى الصيام وأثره، وهو تحقيق التقوى لما فيه من انكسار الشهوة<sup>(2)</sup>.

هذه الشواهد تدل على اعتبار مآلات الأفعال على الجملة<sup>(3)</sup>، حيث ربط الشارع فيها بين الأحكام ومقاصدها الشرعية، مبينا أن هذه المقاصد والنتائج العملية هي المقصودة من تشريع الحكم<sup>(4)</sup>.

**ثانيا: منع الفعل لما يؤول إليه من الوقوع في محذور**

ذكر القرآن الكريم، منع بعض الأفعال لما تفضي إليه، وقد نهى الله ﷻ عن أفعال؛ لأنها تؤدي إلى الوقوع في منهي عنه، وقد يكون الفعل مشروعاً بأصله لتضمنه مصلحة، لكن مآله غير مشروع فينهي عنه، وهذا يدل على اعتبار الشرع للمآلات، ومن الشواهد الدالة على ذلك ما يلي:

الأول: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَسْبُوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ فَيَسْبُوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾<sup>(5)</sup>.

ويستشهد من الآية: أن الله ﷻ نهى عن سب آلهة المشركين، مع أن في ذلك مصلحة، لما يؤول إليه ذلك من مفسدة تزيد على مصلحة سبها، وهي مقابلتهم ذلك بسب الله تعالى<sup>(6)</sup>، ويقول

(1) الآية 182، من سورة البقرة.

(2) ينظر: العز بن عبد السلام، تفسير القرآن، تحقيق: عبد الله بن إبراهيم الوهبي، دار ابن حزم، بيروت، 1416هـ-1996م، ج1ص188، الرازي، التفسير الكبير، ج5ص70.

(3) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج4ص554، 555.

(4) ينظر: الكيلاني، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، ص364.

(5) الآية 109، من سورة الأنعام.

(6) ينظر: ابن تيمية، بيان الدليل على بطلان التحليل، ص256، وابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق: علي محمد الجاوي، دار المعرفة، بيروت، ج2ص743.



البيضاوي<sup>(1)</sup>: «كَانَ الْمُسْلِمُونَ يَسْبُونَهَا فَهِيَ لَنَا لِيَكُونَ سَبَهُمْ، سَبَا لِلَّهِ تَعَالَى، وَفِيهِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الطَّاعَةَ إِذَا أَدَّتْ إِلَى مَعْصِيَةِ رَاحِحَةٍ، وَجِبَ تَرْكُهَا فَإِنَّ مَا يُؤَدِّي إِلَى الشَّرِّ شَرٌّ»<sup>(2)</sup>.

ويقول ابن القيم: «فحرم الله تعالى سب آلهة المشركين - مع كون السب غيظاً وحمية لله وإهانة لآلهتهم - لكونه ذريعة إلى سبهم الله تعالى، وكانت مصلحة ترك مسبته تعالى أرجح من مصلحة سبنا لآلهتهم، وهذا كالتببيه بل كالتصريح على المنع من الجائر؛ لئلا يكون سبنا في فعل ما لا يجوز»<sup>(3)</sup>.

الثاني: قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَفْؤُؤُوا رَاعِنَا وَفَؤُؤُوا ۖ نَنظُرْنَا وَاسْمَعُوا ۚ وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾<sup>(4)</sup>.

وجه الاستشهاد: الله سبحانه وتعالى، منع المسلمين من أن يقولوا للنبي ﷺ: راعنا، مع قصدهم الصالح، لئلا تتخذة اليهود ذريعة إلى سب النبي ﷺ، ولئلا يُتَشَبَهَ بهم، ولئلا يُخَاطَبَ بلفظ يحتمل معنى فاسداً<sup>(5)</sup>.

<sup>(1)</sup> هو: ناصر الدين أبو سعيد عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي البيضاوي، قاضٍ وإمام مبرِّز من بلاد فارس، مؤلفاته، وأبرزها المنهاج الوجيز في أصول الفقه، وتفسيره أنوار التنزيل وأسرار التأويل. ينظر: إسماعيل باشا البغدادي، هدية العارفين، ج1 ص241، و تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب، السبكي، طبقات الشافعية، تحقيق: محمود محمد الطناحي، عبد الفتاح الحلوي، فيصل عيسى البابي الحلبي، 1383هـ - 1964م، ج5 ص59.

<sup>(2)</sup> ينظر: أبو سعيد عبد الله بن عمر البيضاوي، أنوار التنزيل وأسرار التأويل، (تفسير البيضاوي)، دار الكتب العلمية، بيروت ط1، 1408هـ، ج1 ص316.

<sup>(3)</sup> ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، ج3 ص110.

<sup>(4)</sup> الآية 103، من سورة البقرة.

<sup>(5)</sup> ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج2 ص639، محمد بن علي الشوكاني، رشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق محمد سعيد البدري، دار الفكر، بيروت، 1412هـ - 1992م، ص365، والقرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج2 ص40.

يقول ابن رشد<sup>(1)</sup>: «نهى ﷺ عباده المؤمنين أن يقولوا للنبي ﷺ: راعنا، وهي كلمة صحيحة معروفة في لغة العرب، معناها ارعني سمعك وفرغه لي لتعي قولي وتفهم عني، إلا أنها كلمة سب عند اليهود، فكانت تسب بها النبي ﷺ في أنفسها، فلما سمعوها من أصحاب النبي ﷺ فرحوا بها، واغتموا أن يعلنوا بها للنبي ﷺ ويظهروا سبه، فلا يلحقهم في إظهاره شيء، فأطلع الله نبيه ﷺ والمؤمنين على ذلك، ونهى عن الكلمة، لئلا يكون ذلك ذريعة لليهود إلى سب النبي ﷺ»<sup>(2)</sup>.

الثالث: قوله تعالى: ﴿وَسَأَلَهُمْ عَنِ الْفَرِيَةِ إِلْتِي كَانَتْ حَاضِرَةَ الْبَحْرِ إِذْ يَعْدُونَ فِي السَّبْتِ إِذْ تَأْتِيهِمْ حِيتَانُهُمْ يَوْمَ سَبْتِهِمْ شُرْعًا وَيَوْمَ لَا يَسْبِتُونَ لَا تَأْتِيهِمْ كَذَلِكَ نَبْلُوهُمْ بِمَا كَانُوا يَفْسُقُونَ﴾<sup>(3)</sup>.

وجه الدليل من الآية: إن الله تعالى، ذم اليهود، وعاقبهم على تذرعههم بحبس الصيد، الذي يؤول إلى الصيد في اليوم المحرم عليهم<sup>(4)</sup>، ولولا أن إيقاعهم للسب بمنزلة إيقاع المسبب لما استحقوا

سخط الله ولعنته<sup>(5)</sup>، يقول ابن العربي<sup>(6)</sup>: «إنما حقيقة الصيد إخراج الحوت من الماء وتحصيله عند الصائد، فأما التحيل عليه إلى حين الصيد فهو سب الصيد، لا نفس الصيد، وسب الشيء

<sup>(1)</sup> هو: محمد بن أحمد بن رشد، أبو الوليد: قاضي الجماعة بقرطبة، من أعيان المالكية، وهو جد ابن رشد الفيلسوف (محمد بن أحمد) مؤلفاته: البيان والتحصيل، المقدمات الممهديات... توفي سنة 520هـ. ينظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، تحقيق: مأمون بن محي الدين البنان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1417هـ-1996م، ص373، و محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، تحقيق: عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية، ط1، 1424هـ-2003م، ص129.

<sup>(2)</sup> ينظر: ابن رشد، أبو الوليد محمد، المقدمات الممهديات، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1408هـ-1988م، ج2 ص40.

<sup>(3)</sup> الآية 163، من سورة الأعراف.

<sup>(4)</sup> ينظر: ابن رشد، المقدمات الممهديات، ج2 ص40، والشوكاني، إرشاد الفحول، ص365.

<sup>(5)</sup> ينظر: السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، ص134.

<sup>(6)</sup> هو: أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي المعافري، قاضي قضاة كورة اشبيلية، وهو إمام في الأصول والفروع وغير ذلك، من مؤلفاته: أحكام القرآن المحصول في أصول الفقه، القبس في شرح موطأ الإمام مالك. توفي سنة 543هـ، ينظر: محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ج1 ص136. وابن العماد، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، ج4 ص141.

غير الشيء؛ إنما هو الذي يتوصل به إليه، ويتوصل به في تحصيله، وهذا هو الذي فعله أصحاب السبب»<sup>(1)</sup>.

الرابع: قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ اتَّخَذُوا مَسْجِدًا ضِرَارًا وَكُفْرًا وَتَفْرِيفًا بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ وَإِزْوَادًا لِّمَنْ حَارَبَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ مِّن قَبْلُ وَلَيَحْلِفُنَّ إِنْ أَرَدْنَا إِلَّا الْحُسْنَىٰ وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّهُمْ لَكَاذِبُونَ﴾<sup>(2)</sup>.

ويستشهد من الآية: أن الله تعالى، ذم المنافقين على بناء المسجد وأمر بهدمه؛ لأنه قصد بينائه الإضرار بالمؤمنين، وتقوية المنافقين، والتفريق بين المؤمنين بأن تقل جماعة المسلمين في مسجد قباء، ومعاونة المحاربين لله والرسول وهذا مآل فاسد<sup>(3)</sup>.

#### ثالثاً: مراعاة مآل الفعل

ورد في القرآن اعتبار ما يؤول إليه الفعل، والأمر بالنظر فيما يؤول إليه الفعل في المستقبل، مما يدل على مشروعية النظر في مآلات الأفعال، ووجوب الاحتراز لما يتوقع وقوعه في المستقبل من المفاسد من أجل درئها قبل وقوعها، ومن شواهد ذلك ما يأتي:

الأول: قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُفِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُفِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ابْتَدَتْ بِهِ﴾<sup>(4)</sup>.

وجه الاستشهاد: أن الله تعالى اعتبر مآل الفعل، فأباح الخلع إذا خيف عدم إقامة الزوجان لحدود الله تعالى في المستقبل، بأن لا يؤدي كل واحد منها ما يجب عليه للآخر، وقد فسر ابن

<sup>(1)</sup> ينظر: ابن العربي، أحكام القرآن، ج2 ص798.

<sup>(2)</sup> الآية 108، من سورة التوبة.

<sup>(3)</sup> ينظر: الشوكاني، فتح القدير، ج2 ص403.

<sup>(4)</sup> من الآية 227، من سورة البقرة.

العربي المراد بالآية بقوله: « أن يظن كل واحد منهما بنفسه ألا يقيم حق النكاح لصاحبه، حسبما يجب عليه فيه لكرهية يعتقدوها»<sup>(1)</sup>.

ويقول ابن تيمية: « فإنه دليل على أن الخلع المأذون فيه، إذا خيف أن لا يقيم الزوجان حدود الله»<sup>(2)</sup>.

الثاني: قوله تعالى: ﴿وَأِمَّا تَخَافَنَّ مِنْ قَوْمٍ خِيَانَةً فَانْبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَى سَوَاءٍ إِنَّ

اللَّهُ لَا يُحِبُّ الْخَائِنِينَ﴾<sup>(3)</sup>.

وجه الاستشهاد: أن الله تعالى، أمر بنبذ عهد من يخشى منه الخيانة، إذا ظهرت آثارها وثبتت دلائلها، لئلا يفضي التمسك به إلى الهلكة<sup>(4)</sup>.

### رابعاً: الترخيص في الفعل الممنوع لما يؤول إليه

رخص الله في القرآن الكريم، في بعض الأفعال مع أنها غير مشروعة في الأصل؛ لأجل التيسير والتخفيف على العباد<sup>(5)</sup>، نظراً لما يقتضيه بقاء الحكم الأصلي من فوات مصلحة، أو حصول ضرر أو مشقة وحرَج، وهذا مناف لمقصد التشريع، وهذا دليل على اعتبار المآلات؛ لأن الترخيص في الفعل الممنوع يرجع إلى اعتبار المآل في تحصيل المصالح، أو درء المفسد، على الخصوص حيث كان الدليل العام يقتضي منع ذلك؛ لأننا لو بقينا مع أصل الدليل العام، لأدى إلى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل من المصلحة<sup>(6)</sup>، ومن الشواهد على ذلك ما يلي:

<sup>(1)</sup> ينظر: ابن العربي، أحكام القرآن، ج1 ص194.

<sup>(2)</sup> ينظر: ابن تيمية، بيان الدليل على بطلان التحليل، ص86.

<sup>(3)</sup> الآية 59، من سورة الأنفال.

<sup>(4)</sup> ينظر: السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، ص129.

<sup>(5)</sup> ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج4 ص556.

<sup>(6)</sup> ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج4 ص563.

الأول: قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾<sup>(1)</sup>.

وجه الاستشهاد: أن الله تعالى رخص لمن خاف على نفسه الهلاك أن يأكل الميتة للضرورة، نظرا لما يفضي إليه عدم الأكل من ضرر<sup>(2)</sup>، بل قد يكون الأكل واجبا، في حقه إذا خاف الهلاك.

الثاني: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ بَرِّجَالًا آَوْ رُكْبَانًا﴾<sup>(3)</sup>.

وجه الاستشهاد: إن الله تعالى، رخص في حال اشتداد الخوف والتحام القتال، الصلاة كيفما أمكن رجلا على الأقدام، وركبانا على الخيل والإبل ونحوها، مستقبلي القبلة وغير مستقبليها؛ والسبب المبيح لذلك، هو الخوف على النفس من الهلاك<sup>(4)</sup>.

### الفرع الثاني: أدلة اعتبار مآلات الأفعال من السنة النبوية

عرفت السنة النبوية، جملة من الأحكام، كان التعليل فيها بما يؤول إليه الفعل ظاهرا بينا، ونجد أحكاما، المآل يستنبط من ثنايا الحكم، وهكذا، وسنضرب أمثلة للتدليل على ذلك، في العناصر الآتية.

#### أولا: تعليل الحكم بما يؤول إليه

جاء في السنة تعليل بعض الأحكام، بما يؤول إليه من حصول مصلحة، أو دفع مفسدة، وهذا يدل على اعتبار المآلات، ومن شواهد ذلك ما يأتي:

<sup>(1)</sup> الآية 172، من سورة البقرة.

<sup>(2)</sup> ينظر: الجصاص، أحكام القرآن، ج1 ص126.

<sup>(3)</sup> الآية 237، من سورة البقرة.

<sup>(4)</sup> ينظر: ابن العربي، أحكام القرآن، ج1 ص228، القرطبي، الجامع لحكام القرآن، ج3 ص146.

الأول: قول النبي ﷺ: « **يا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مِنْ اسْتِطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ**، فإنه أَعْضُ لِلْبَصْرِ، وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَهُ وَجَاءٌ<sup>(1)</sup> »<sup>(2)</sup>.

وجه الاستشهاد: أن النبي ﷺ، أمر الشباب بالزواج لمن كان مستطيعا مبينا علة الأمر، وهو ما يؤول إليه الزواج، من مصلحة غض البصر وتحسين الفرج<sup>(3)</sup>، وأمر من لم يستطع، بالصوم لما يؤول إليه، من حفظ الفرج وتخفيف حدة الشهوة.

الثاني: قول النبي ﷺ: « **لا يجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها، فإنكم إذا فعلتم ذلك فقد قطعتم أرحامكم** »<sup>(4)</sup>.

وجه الاستشهاد: أن النبي ﷺ، نهى عن الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها، معللا ذلك النهي بما يؤول إليه، من مفسدة قطع الأرحام، لما يقع بين الضرائر بسبب الغيرة<sup>(5)</sup>، قال ابن القيم: « لأن »

ذلك ذريعة إلى القطيعة المحرمة كما علل به النبي ﷺ »<sup>(6)</sup>.

**ثانيا: منع الفعل لما يؤول إليه من الوقوع في محذور**

جاء في السنة منع بعض الفعال لما قد تؤول إليه من مفسدة، أو تكون وسيلة إلى الوقوع في محذور، فجعل الشارع مظنة الشيء مقام وقوعه، درءا للمفسدة، وهذا يدل على مراعاة ما تؤول إليه الأفعال، ودرء المفسد والأضرار قبل وقوعها، وقد ورد في ذلك شواهد كثيرة من السنة منها:  
الأول: قول النبي ﷺ: « **لَا يَنْكُحُ الْمُحْرِمُ وَلَا يُنْكَحُ** »<sup>(7)</sup>.

<sup>(1)</sup> وجاء: قاطع للنكاح، ينظر: أبو عبيد القاسم بن سلام الهروي، غريب الحديث، دار الكتب العلمية، بيروت، ج2ص37، وابن الجوزي عبد الرحمان، غريب الحديث، تعليق: عبد المعطي قلعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1405هـ، ج2ص453.

<sup>(2)</sup> رواه البخاري، في كتاب النكاح، باب: من لم يستطع الباءة فليصم، ج3ص412، رقم الحديث (5066)، ورواه مسلم في كتاب النكاح، باب: استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه ووجد مؤنة، ج2ص1018، رقم الحديث (1400).

<sup>(3)</sup> ينظر: القاضي عياض، إكمال المعلم بفوائد مسلم، تحقيق: يحيى إسماعيل، دار الوفاء، ط1، 1419هـ-1998م، ج4ص522.

<sup>(4)</sup> رواه البخاري، في كتاب النكاح، باب: لا تنكح المرأة على عمتها، ج9ص160، رقم الحديث (5109)، ورواه مسلم في كتاب النكاح، باب: تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها، ج2ص112، رقم الحديث (1408).

<sup>(5)</sup> ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج2ص642.

<sup>(6)</sup> ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، ج3ص112.

<sup>(7)</sup> رواه مسلم في كتاب النكاح، باب: تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته، ج2ص1030، رقم الحديث (1409).

وجه الاستشهاد: أن النبي ﷺ نهى المحرم عن عقد النكاح أو مباشرته لئلا يكون العقد ذريعة إلى الوطء المفسد للحج<sup>(1)</sup>، قال ابن تيمية: « ولأن الخطبة مقدمة النكاح وسبب إليه، كما أن العقد سبب للوطء، و الشرع قد منع من ذلك كله حسماً للمادة؛ ولأن الخطبة كلام في النكاح وذكر له وربما طال فيه الكلام، وحصل بها أنواع من ذكر النساء، والمحرم ممنوع من ذلك كله؛ ولأن الخطبة توجب تعلق القلب بالمخطوبة واستئثار الإحرام والتعجل إلى انقضائه لتحصيل مقصود الخطبة، كما يقتضي العقد تعلق القلب بالمنكوحة »<sup>(2)</sup>.

الثاني: قول النبي ﷺ: « لَا تُحِدِ امْرَأَةً عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثٍ، إِلَّا عَلَى زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا، وَلَا تَلْبَسُ ثَوْبًا مَصْبُوعًا، إِلَّا ثَوْبَ عَصَبٍ، وَلَا تَكْتَحِلْ، وَلَا تَمَسُّ طَبِيًّا »<sup>(3)</sup>.

وجه الاستشهاد: أن النبي ﷺ نهى المعتدة عن الطيب والزينة، وسائر دواعي النكاح؛ لكونها ذريعة إلى الوطء؛ لأنها من دواعي الرغبة فيها، و المعتدة ممنوعة من النكاح، فتجنبها حتى لا تصير ذريعة إلى الوقوع في المحرم<sup>(4)</sup>.

يلاحظ مما سبق أن الشارع منع بعض الأفعال؛ لأنها وسائل تفضي إلى المفسد؛ من أجل المحافظة على المقاصد الكلية، والتحرز والاحتياط لكل مقصد منها، عما يؤول إلى انخراجه أو تفويته، فقد لاحظ فيها الشارع معنى التكملة للمقاصد الأصلية، و حمايتها من الضياع<sup>(5)</sup>.

كما ورد في السنة ترك بعض الأفعال، وإبقائها على حالها لما يؤول إليه تركها من مصلحة؛ لأن تغييرها يؤدي إلى حدوث مفسدة أعظم من ذلك الفعل، وفي هذا دفع أعظم المفسدتين بأدناهما، واختيار أخف الضرين<sup>(6)</sup>.

(1) ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، ج3ص113، والشاطبي، الموافقات، ج2ص642.

(2) ينظر: ابن تيمية، شرح العمدة، خالد بن علي بن محمد المشيخ، دار العاصمة، الرياض، ط1، 1418هـ-1997م ج3ص217.

(3) رواه مسلم في كتاب الطلاق، باب: وجوب الإحداد في عدة الوفاة وتحريمه في غير ذلك إلا ثلاثة أيام، ج2ص1127، رقم الحديث(938)، ورواه البخاري بنحوه في كتاب الطلاق، باب: القسط للحادة عند الطهر، ج7ص60، رقم(5341).

(4) ينظر: المرغناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، اعتنى به: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1، 1416هـ، ج2ص278، والشاطبي، الموافقات، ج2ص642.

(5) ينظر: يوسف بن عبد الله أحमितو، مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، ص60، 61.

(6) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج4ص440.

كما علل ترك النبي ﷺ، بعض الأحكام بمآلاتها التي تؤول إليها منها:  
قول النبي ﷺ: «لَوْلَا أَنْ أَشُقَّ عَلَى أُمَّتِي لِأَمْرَتُهُمْ بِالسَّوَاكِ مَعَ كُلِّ صَلَاةٍ»<sup>(1)</sup>.

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ علل ترك إيجاب السواك عند كل صلاة، بما يؤول إليه من المشقة<sup>(2)</sup>.

الرابع: أن النبي ﷺ لما سحر وأخبر أنه في بئر، قالت له عائشة رضي الله عنها: يا رسول الله فهلا أخرجته، فقال النبي ﷺ: «أَمَا أَنَا فَقَدْ شَفَّانِي اللَّهُ ﷻ، وَكَرِهْتُ أَنْ أُثِيرَ عَلَى النَّاسِ شَرًا»<sup>(3)</sup>.

وجه الاستشهاد: أن النبي ﷺ علل ترك إخراج السحر مع أن في ذلك مصلحة بما يؤول إليه إخراجها، من وقوع فتنة وضرر على المسلمين بتذكر السحر أو تعلمه، وهذا من باب ترك المصلحة خوف المفسدة<sup>(4)</sup>.

### ثالثا: الترخيص في الفعل الممنوع لما يؤول إليه

ورد في السنة المطهرة، الترخيص في بعض الأفعال الممنوعة، أصلا أو شرعا من أجل التيسير والتخفيف على الناس، لئلا يفضي فعلها إلى الوقوع في المشقة والحرج، وهذا من اعتبار المآلات ومن الشواهد ما يأتي:

أولا: الترخيص في ترك الجماعة عند المطر والعدر للمشقة<sup>(5)</sup>، عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «إِنْ رَسُولٌ

<sup>(1)</sup> رواه البخاري، في كتاب الجمعة، باب: السواك يوم الجمعة، ج2ص4، رقم الحديث (887)، ورواه مسلم في كتاب الطهارة، باب السواك، ج1ص220، رقم الحديث (252).

<sup>(2)</sup> ينظر: ابن دقيق العيد، إحكام الأحكام، تحقيق: محمد حامد الفقي، أحمد محمد شاكر، مطبعة السنة المحمدية، 1372هـ - 1953م، ص109، العراقي، طرح الشريب في شرح التقريب، تحقيق: أحمد أبوزرعة، دار إحياء التراث العربي، ج1ص221.

<sup>(3)</sup> رواه البخاري في كتاب الدعوات، باب: تكرير الدعاء، ج8ص83، رقم الحديث (6391)، ورواه مسلم، في كتاب السلام، باب: السحر، ج4ص1719. رقم الحديث (2189).

<sup>(4)</sup> ينظر: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، راجعه: قصي محب الدين الخطيب، ورقمه: محمد فؤاد عبد الباقي، وأخرجه: محب الدين الخطيب، دار الريان، القاهرة، ط1، 1407هـ، ج10ص241، وأبو العباس أحمد بن عمر القرطبي، المفهم لما أشكل من كتاب تلخيص مسلم، تحقيق: محي الدين ديب مستو، وآخرون، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب، ط1، 1996هـ - 1417م، ج5ص573.

<sup>(5)</sup> ينظر: الحسين بن مسعود البغوي، شرح السنة، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، دمشق، بيروت، ط2، 1403هـ - 1983م، ج2ص400، محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصباطي، دار الحديث، مصر، ط1، 1413هـ - 1993م، ج3ص186.



الله ﷺ يَأْمُرُ الْمُؤَدَّنَ إِذَا كَانَتْ لَيْلَةٌ بَارِدَةٌ ذَاتُ مَطَرٍ يَقُولُ : أَلَا صَلُّوا فِي رِحَالِكُمْ «<sup>(1)</sup>».

الثاني: الترخيص في النظر للمخطوبة، فقال النبي ﷺ، للرجل الذي أخبره أنه تزوج امرأة من الأنصار: «أنظرت إليها» قال: لا، قال: «**فاذهب فانظر إليها**»<sup>(2)</sup>، وإنما أبيح النظر للخطاب لما يؤول إليه النظر إليها من الرغبة في النكاح، وحصول الألفة والمحبة<sup>(3)</sup>، كما قال ﷺ: «**فإنه أحرى أن يؤدم<sup>(4)</sup> بينكما**»<sup>(5)</sup>، وإنما كان النهي عن النظر سد للذريعة، وما كان ذلك فإنه يجوز إذا اقتضى مصلحة راجحة؛ لأنه حينئذ لا يكون مفضيا إلى المفسدة<sup>(6)</sup>.

ثالثا: الترخيص في الكذب للمصلحة، فعن أم كلثوم رضي الله عنها قالت: «لم أسمع يرخص في شيء مما يقول الناس كذب إلا في ثلاث: الحرب، والإصلاح بين الناس، وحديث الرجل امرأته، وحديث المرأة زوجها»<sup>(7)</sup>، وقال الرسول ﷺ: «**ليس الكذاب الذي يصلح بين الناس، فينمي خيرا، أو يقول خيرا**»<sup>(8)</sup>، فرخص النبي ﷺ في الكذب في هذه الحالات لما يفضي إليه في هذه الأحوال من حصول مصلحة، أو دفع مفسدة<sup>(9)</sup>.

<sup>(1)</sup> رواه البخاري في كتاب الأذان، باب: الرخص في المطر والعللة أن يصلي في رحله، ج1ص134، رقم الحديث (666).

ورواه مسلم في كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب: الصلاة في الرحال في المطر، ج1ص484، رقم الحديث (697).

<sup>(2)</sup> رواه مسلم في كتاب النكاح، باب: ندب النظر إلى وجه المرأة وكفيها لمن يريد تزوجها، ج2ص1040، رقم(1424).

<sup>(3)</sup> ينظر: القرطبي، المفهم، ج4ص125.

<sup>(4)</sup> يؤدم: أن يكون بينكما المحبة والوفاق، مجد الدين بن الأثير، النهاية في غريب الحديث، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، 1399هـ - 1979م، ج1ص32.

<sup>(5)</sup> رواه الترمذي في كتاب النكاح، باب: ما جاء في النظر إلى المخطوبة، ج2ص346، رقم الحديث (1089)، ورواه

النسائي في كتاب النكاح، باب: إباحة النظر قبل التزويج، ج6ص69، رقم الحديث (3235)، ورواه ابن ماجه في كتاب

النكاح، باب: النظر إلى المرأة إذا أرد أن يتزوجها، ج1ص599، رقم الحديث (1865)، والحديث حسنه الترمذي،

والبغوي في شرح السنة، ج5ص289، وصححه الألباني، في صحيح سنن الترمذي، ج1ص552.

<sup>(6)</sup> ينظر: ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج23ص186.

<sup>(7)</sup> رواه مسلم في كتاب البر والصلة، باب: تحريم الكذب وبيان المباح منه، ج4ص2011، رقم الحديث (2605).

<sup>(8)</sup> رواه البخاري في كتاب الصلح، باب: ليس الكاذب الذي يصلح بين الناس، ج3ص183، رقم الحديث (2692)،

ورواه مسلم في كتاب البر والصلة، باب: تحريم الكذب وبيان المباح منه، ج4ص2011، رقم الحديث (2605).

<sup>(9)</sup> ينظر: يحيى بن شرف النووي، المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، المطبعة المصرية، بالأزهر، ط1، 1347هـ-

1929م، ج18ص395، وأحمد بن عبد الرحمن السلمي ابن رجب، جامع العلوم الحكم في شرح خمسين حديثا من

جوامع الكلم، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ط5، 1412هـ، ص328.

كما أمر الرسول ﷺ ببعض الأفعال، لئلا يؤول تركها إلى الوقوع في مشقة أو مفسدة، وهذا يدل على اعتبار المآلات منها:

أولاً: قوله ﷺ: «تعاافوا الحدود فيما بينكم، فما بلغني من حد فقد وجب»<sup>(1)</sup>.

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ أمر بإقامة الحد إذا بلغ السلطان، ولو تاب لئلا يفضي ترك إقامة الحد إلى تعطيل الحدود<sup>(2)</sup>.

ثانياً: قول النبي ﷺ: «مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين، واضربوهم عليها وهم أبناء عشر سنين، وفرقوا بينهم في المضاجع»<sup>(3)</sup>.

وجه الاستشهاد: أن النبي ﷺ أمر بتفريق بين الأولاد في المضاجع؛ لئلا يؤول ذلك إلى المواصلة المحرمة، لاتحاد الفراش<sup>(4)</sup>.

بالإضافة إلى هذا ورد في السنة النبوية، مراعاة أحوال المكلفين، بالنظر فيما يناسب كل مكلف في نفسه، ومراعاة الأوقات والأحوال بحسب وقت دون وقت، وأحوال دون حال، لئلا يفضي الفعل إلى وقوع ضرر بالمكلف<sup>(5)</sup>.

أو أن يكون الفعل وسيلة إلى أن يقصد به أمراً محرماً، وهذا دال على اعتبار المآلات، فقد يكون العمل في أصله مشروعاً، لكن ينهى عنه؛ لأنه يفضي بالمكلف إلى مفسدة أو اعتباراً لحال الزمن، أو يكون الفعل في أصله ممنوعاً لكنه يكون مطلوباً لما يفضي إليه من مصلحة<sup>(6)</sup>.

مدارة النبي ﷺ لبعض الناس تأليفاً لقلوبهم، أو اتقاءً لفحشهم، عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: «قسم رسول الله ﷺ قسماً، فقلت: والله يا رسول الله لغير هؤلاء كان أحق به منهم، فقال ﷺ:

<sup>(1)</sup> رواه أبو داود في كتاب الحدود، باب: العفو عن الحدود ما لم تبلغ السلطان، ج4ص540، رقم الحديث (4376)، ورواه النسائي في كتاب قطع السارق، باب: ما يكون حرزاً وما لا يكون، ج8ص70، رقم الحديث (4886)، وقد صححه الألباني في صحيح سنن أبي داود، ج3ص49.

<sup>(2)</sup> ينظر: ابن تيمية، بيان بطلان الدليل، ص266، وابن القيم، إعلام الموقعين، ج3ص115.

<sup>(3)</sup> رواه أبو داود في كتاب الصلاة، باب: متى يؤمر الغلام بالصلاة، ج1ص334، رقم الحديث (495)، وصححه الألباني، في إرواء الغليل، ج1ص266.

<sup>(4)</sup> ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، ج3ص119.

<sup>(5)</sup> ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج4ص471.

<sup>(6)</sup> ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج4ص555، 557.

إنهم خيروني أن يسألوني بالفحش، أو يبخلوني فلست بباخل»<sup>(1)</sup>، قال النووي: «ففيه مداراة أهل الجهالة والقسوة، وتآلفهم إذا كان فيهم مصلحة، وجواز دفع المال إليهم لهذه المصلحة»<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث: أدلة اعتبار مآلات الأفعال من آثار الصحابة

نجد في تصرفات الصحابة رضي الله عنهم، ما يدل على اعتبارهم للمآلات، ومراعاة لنتائج التصرفات، استنباط من الوحيين، وفهما لهما وتنزيلا للأحكام، وسأوضح أكثر في العناصر الآتية.

### أولاً: تعليل الحكم بما يؤول إليه

علل الصحابة رضي الله عنهم، بعض الأحكام بما تؤول إليه، وهذا دليل على اعتدادهم بالمآلات، ومن الشواهد على ذلك ما يلي:

الأول: لما تزوج حذيفة رضي الله عنه، بيهودية كتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه إليه: «**أن خل سبيلها**»، فكتب إليه حذيفة: «إن كانت حراما خلعت سبيلها»، فكتب إليه عمر: «إني لا أزعم أنها حرام، ولكني أخاف أن تعاطوا المومسات منهن»<sup>(3)</sup>.

وجه الاستشهاد: أن عمر رضي الله عنه علل النهي عن التزوج بالكتائيات، بما يؤول إليه من الوقوع في نكاح المومسات، وافتتان المسلمات بانصراف الرجال عنهن<sup>(4)</sup>، وفي هذا دلالة على منع الفعل المباح، إذا كان مؤديا إلى محذور.

الثاني: قياس علي بن أبي طالب رضي الله عنه، حد شرب الخمر، على حد القذف حيث قال: «**إن الرجل إذا شرب افتري، فأرى أن يجعله كحد الفرية**»<sup>(5)</sup>.

(1) رواه مسلم في كتاب الزكاة، باب: إعطاء من سأل بفحش وغلظة، ج2ص730، رقم الحديث (1056).

(2) ينظر: النووي، شرح مسلم، ج7ص153، 154.

(3) رواه ابن أبي شيبة في النكاح، باب: من كان يكره النكاح في أهل الكتاب، ج3ص474، ورواه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب النكاح في جماع أبواب نكاح حرائر أهل الكتاب وإمائهم إماء المسلمين، باب: ما جاء في تحريم حرائر أهل الشرك دون أهل الكتاب، ج7ص172، رقم الحديث (13762)، وصححه الألباني في الإرواء الغليل، ج6ص301.

(4) ينظر: فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص156، 157.

(5) رواه أبو دوود في كتاب الحدود، باب: إذا تتابع في شرب الخمر، ج4ص628، رقم الحديث (4489)، وحسنه الألباني، في صحيح سنن أبي دوود، ج3ص83.

وجه الاستشهاد: أن علياً عليه السلام علل قياس حد الخمر، على حد القذف بما يؤول إليه شرب الخمر، من الافتراء الذي تقتضيه كثرة الهذيان<sup>(1)</sup>، جاء في شفاء الغليل: «إن السكر مظنة الهذيان والافتراء، وإطلاق اللسان بالسخف، وقد عهد في الشرع إقامة مظان الأمور، مقام الأمور المقصودة في إفادة الأحكام»<sup>(2)</sup>.

ويقول الإسنوي<sup>(3)</sup>: «وفقه الصحابة على ذلك فقد أوجبوا حد القذف على الشرب لا لكونه شرباً، بل أقاموا مظنة القذف وهو الشرب مقام القذف»<sup>(4)</sup>.

وفي الموافقات: «فرأوا الشرب ذريعة إلى الافتراء الذي تقتضيه كثرة الهذيان، فإنه أول سابق إلى السكران»<sup>(5)</sup>.

### ثانياً: منع الفعل المباح لئلا يؤول إلى الوقوع في محذور

وقد يمنع الفعل المباح إن كان مفضياً إلى الوقوع في محذور، أو التحيل على الأحكام الشرعية فيعامل بنقيض القصد، وهذا دليل على اعتبارهم للمآلات وفي ذلك:

أولاً: أن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه: «**طلق امرأته البتة وهو مريض، فورثها عثمان رضي الله عنه، منه بعد انقضاء عدتها**»<sup>(6)</sup>، وورث عثمان رضي الله عنه نساء ابن مكمل منه، وكان طلقهن وهو مريض<sup>(7)</sup>.

<sup>(1)</sup> ينظر: إبراهيم بن موسى الشاطبي، الاعتصام، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، دار ابن عفان، السعودية، ط1، 1412هـ - 1992م، ج2 ص356.

<sup>(2)</sup> ينظر: الغزالي، شفاء الغليل، ص213.

<sup>(3)</sup> هو: عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعي، أبو محمد، جمال الدين: فقيه أصولي، من علماء العربية، ولد بإسنا، من كتبه نهاية السؤل شرح منهاج الأصول، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، وغيرها توفي سنة 772 هـ، ينظر: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، الدرر الكامنة، تحقيق: محمد عبد المعيد ضان دائرة المعارف العثمانية، الهند، 1392هـ - 1972م، ج3 ص147، وإسماعيل باشا البغدادي، هدية العارفين، ج1 ص561.

<sup>(4)</sup> ينظر: عبد الرحيم بن الحسن الإسنوي، نهاية السؤل في شرح منهاج الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت، ج3 ص79.

<sup>(5)</sup> ينظر: الشاطبي، الاعتصام، ج2 ص356.

<sup>(6)</sup> رواه مالك في كتاب الطلاق، باب: طلاق المريض، ج2 ص448، رقم الحديث(40)، والدارقطني، في كتاب الطلاق، ج2 ص31، رقم الحديث (4007)، وصححه ابن حجر في موافقة الخبر الخبر، ج2 ص419، والألباني في إرواء الغليل، ج6 ص160.

<sup>(7)</sup> رواه مالك في كتاب الطلاق، باب: طلاق المريض، ج2 ص448، رقم الحديث (41)، وصححه الألباني في إرواء الغليل، ج6 ص160.

وجه الاستشهاد: أن عثمان رضي الله عنه ورث المطلقة المبتوتة في مرض الموت، لئلا يكون طلاقها في تلك الحال، ذريعة إلى الفرار من توريثها؛ لأن طلاقها في تلك الحال مظنة القصد إلى حرمانها<sup>(1)</sup>. يقول ابن تيمية: « إن السابقين الأولين من المهاجرين والأنصار، ورثوا المطلقة المبتوتة في مرض الموت، حيث يتهم بقصد حرمانها الميراث بلا تردد، وإن لم يقصد الحرمان؛ لأن الطلاق ذريعة»<sup>(2)</sup>. ثانياً: أن طليحة الأسدية كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها، فنكحت في عدتها، فضربها عمر رضي الله عنه وضرب زوجها بالمخفقة ضربات، وفرق بينهما، ثم قال: « **أيما امرأة نكحت في عدتها فإن كان زوجها الذي تزوج بها، لم يدخل بها فرق بينهما، ثم اعتدت ببقية عدتها من زوجها الأول، ثم كان الآخر خاطباً من الخطاب، وإن كان دخل بها فرق بينهما، ثم اعتدت ببقية عدتها من زوجها الأول، ثم اعتدت من الآخر، ثم لا يجتمعان أبداً**»<sup>(3)</sup>.

وجه الاستشهاد: أن عمر رضي الله عنه، منع الرجل الذي نكح امرأة في عدتها من الاجتماع أبداً، زجراً لهما، لانتهاكهما حدود الله، وسداً للذريعة؛ لئلا يفضي ذلك إلى التهاون والاستخفاف بأحكام الشرع، فعامله بنقيض مقصودة؛ « لأن من استعجل شيئاً قبل حله بالمعصية قضى عليه بحرمانه»<sup>(4)</sup>.

كما ترك الصحابة بعض الأفعال، مع أنها قد تكون مشروعة، لئلا يؤدي فعلها إلى ما هو محظور، قال الشاطبي: « إن الصحابة عملوا على هذا الاحتياط في الدين، لما فهموا هذا الأصل من الشريعة، وكانوا أئمة يقتدى بهم؛ فتركوا أشياء وأظهروا ذلك؛ لئلا يسيئوا أن تركها غير قاذح وإن كانت مطلوبة»<sup>(5)</sup>، ومن الشواهد الدالة على ذلك الآتي:

<sup>(1)</sup> ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، ج3 ص114.

<sup>(2)</sup> ينظر: ابن تيمية، بيان الدليل على بطلان التحليل، ص263.

<sup>(3)</sup> رواه مالك في كتاب النكاح، باب: جامع مالا يجوز من النكاح، ج2 ص423، رقم الحديث (27)، ورواه عبد الرزاق في مصنفه في كتاب النكاح، باب: نكاحها في عدتها، ج6 ص210، رقم الحديث (10539)، ورواه البيهقي، في السنن الكبرى في كتاب: العدد، باب: اجتماع العدتين، ج7 ص441، رقم الحديث (10316)، وصححه الألباني في إرواء الغليل، ج7 ص204.

<sup>(4)</sup> ينظر: أبو بكر محمد بن عبد الله ابن العربي، القيس في شرح موطأ ابن أنس، محمد عبد الله ولد كريم، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1992م، ج3 ص66.

<sup>(5)</sup> ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج3 ص288.

أولاً: قال حذيفة بن اليمان رضي الله عنه: «أن أبا بكر وعمر كانا لا يضحيان، كراهية أن يقتدى بهما فيظن من رآهما أنها واجبة»<sup>(1)</sup>. وقال أبو أيوب رضي الله عنه: «كنا نضحى بالشاة الواحدة، فيذبحها الرجل عنه وعن أهل بيته، ثم تباهى الناس بعد فصارت مباحة»<sup>(2)</sup>.

وجه الاستشهاد: أن حذيفة رضي الله عنه، علل ترك أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، الأضحية بما قد تفضي المداومة عليها، من أن يعتقد الناس وجوبها.

ثانياً: عن عمر رضي الله عنه: «أنه قرأ يوم الجمعة على المنبر بسورة النحل، حتى إذا جاء السجدة نزل فسجد وسجد الناس، حتى إذا كانت الجمعة القابلة قرأ بها، حتى إذا جاء السجدة قال: «يا أيها الناس إنا نمر بالسجود، فمن سجد، فقد أصاب ومن لم يسجد، فلا إثم عليه ولم يسجد عمر رضي الله عنه»<sup>(3)</sup>.

وجه الاستشهاد: أن عمر رضي الله عنه ترك سجدة التلاوة مع أنها مشروعة؛ لئلا تؤول المداومة عليها إلى أن يعتقد الناس وجوبها<sup>(4)</sup>.

### ثالثاً: طلب الفعل لما يؤول إليه من مصلحة

أمر الصحابة ببعض الأفعال، لما تؤول إليه من المصلحة وسد ذرائع الفساد، مما يدل على اعتبارهم للمآلات، والدليل على ذلك مايلي:

أولاً: عن عثمان رضي الله عنه: «أرسل إلى كل أئمة بمصحف مما نسحوا، وأمر بما سواه من القرآن في كل صحيفة أو مصحف، أن يحرق»<sup>(5)</sup>.

وجه الاستشهاد: أن عثمان رضي الله عنه أمر بحرق المصحف لمصلحة حفظ الدين؛ لئلا يؤول تركها إلى وقوع الاختلاف، والتفرق والافتتال<sup>(6)</sup>.

(1) رواه عبد الرزاق في مصنفه في كتاب المناسك، باب: الضحايا، ج4ص381، ورواه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب الضحايا، باب: الأضحية سنة نحب لزومها ونكره تركها، ج9ص265.

(2) رواه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب الضحايا، باب: الرجل يضحى عن نفسه وعن أهل بيته، ج9ص268.

(3) رواه البخاري في كتاب سجود القرآن، باب: من رأى أن الله عز وجل لم يوجب السجود، ج2ص41، رقم الحديث(1077).

(4) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج3ص296.

(5) رواه البخاري في كتاب فضائل القرآن، باب: جمع القرآن، ج6ص183، رقم الحديث (4987).

(6) ينظر: ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج13ص396، وابن القيم، إعلام الموقعين، ج4ص283.

### رابعاً: مراعاة تغير الزمان والأحوال

ورد عن الصحابة رضي الله عنهم، مراعاة تغير الزمان في الأحكام الاجتهادية، فقد غيروا بعض الأحكام إما لتهاون الناس واستهانتهم بحدود الله تعالى، أو لكونها لا تفضي إلى الغاية التي شرع الحكم من أجلها، أو لزوال العلة التي وجد الحكم من أجلها، أو من أجل ما أحدثه الناس فيها، أو لأجل التوسعة على الناس، مما يعد دليل على اعتبارهم للمآلات<sup>(1)</sup>، الشواهد تدل على ذلك.

أولاً: عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ، وأبي بكر رضي الله عنه، وستين من خلافة عمر رضي الله عنه طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر رضي الله عنه: «**إن الناس قد استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيته عليهم**»<sup>(2)</sup>.

وجه الاستشهاد: أن عمر رضي الله عنه لما رأى ما آل إليه حال الناس من التهاون، في أمر الطلاق بالثلاث، والاستهانة بحدود الله تعالى، أوقع عليهم الطلاق الثلاث دفعة واحدة، سدا لذريعة التلاعب بالحدود الشرعية<sup>(3)</sup>.

ثانياً: قول عائشة رضي الله عنها: «**لو أدرك رسول الله ﷺ ما أحدث النساء، لمنعهن المسجد كما منعت نساء بني إسرائيل**»<sup>(4)</sup>، وقال بلال بن عبد الله بن عمر، لما سمع والده يروي حديث رسول الله ﷺ: «**إذا استأذنكم نساؤكم المساجد فأذنوا لهن**» فقال: «**لا ندعهن يخرجن فيتخذنه دغلاً**»<sup>(5)</sup>.

وجه الاستشهاد: إن عائشة رأت منع النساء من الخروج إلى المساجد، مع أنهن كن يخرجن إلى المساجد في عهد النبي ﷺ، بل قد ورد النهي عن منعهن فقال: «**لا تمنعوا إماء الله مساجد الله**»<sup>(6)</sup>، حينما رأت تغير أحوال النساء في عصرها، وأنهن أحدثن ما لم يكن في زمن النبي ﷺ، كن

<sup>(1)</sup> ينظر: وليد بن علي الحسين، اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، ج1 ص171.

<sup>(2)</sup> رواه مسلم في كتاب الطلاق، باب: طلاق الثلاث، ج2 ص1099، رقم الحديث (472).

<sup>(3)</sup> ينظر: وليد بن علي الحسين، اعتبار مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، ج1 ص171.

<sup>(4)</sup> رواه البخاري في كتاب الأذان، باب: انتظار الناس قيام الإمام العالم، ص176، رقم الحديث (869)، ورواه مسلم في كتاب الصلاة، باب: خروج النساء إلى المساجد إذا لم يترتب عليه فتنة، ج1 ص329، رقم الحديث (445).

<sup>(5)</sup> رواه مسلم في كتاب الصلاة، باب: خروج النساء إلى المساجد إذا لم يترتب عليه فتنة، ج1 ص327، رقم الحديث (442).

<sup>(6)</sup> رواه مسلم في كتاب الصلاة، باب: خروج النساء إلى المساجد إذا لم يترتب عليه فتنة، ج1 ص327، رقم الحديث (442).

يخرجن مستترات بشياهن متلفعات بمروطهن<sup>(1)</sup>، وحتى لا يؤدي خروجهن للمساجد إلى الوقوع في الفتنة.

كما ورد عن الصحابة رضي الله عنهم، مراعاة أحوال المكلفين، اعتباراً لما يؤول إليه الفعل في حق المكلف.

ثالثاً: عن عطاء بن يسار، أن ابن عباس رضي الله عنهما: «**سئل عن القبلة للصائم، فأرخص فيها للشيخ، وكرهها للشاب**»<sup>(2)</sup>.

وجه الاستدلال: أن ابن عباس رضي الله عنهما، رخص في القبلة حال الصوم للشيخ دون الشاب، مراعاة لما تؤول إليه القبلة، من تحريك شهوة الشاب دون الشيخ<sup>(3)</sup>.

ومما نستخلصه في هذا المبحث، إن مبدأ اعتبار المآل يعتبر من أهم القواعد، التي يتأسس عليها علم مقاصد الشريعة، فهو يهتم عند الحكم بما يفضي إليه الفعل، وهذا هو المقصود من اعتبار مآلات الأفعال، وهو تحقيق مقاصد التشريع، في أفعال المكلفين ظاهراً وباطناً.

أما مصطلح مآلات الأفعال، لم يكن موجوداً بهذا اللفظ، من حيث كونه مصطلحاً في كتب الفقهاء، أما من حيث استعماله وتطبيقاته، فقد ورد في القرآن الكريم، وفي السنة النبوية، وفي التطبيقات الفقهية.

إن اعتبار المآلات، جار على وفق مقاصد الشريعة، وتحقق صلة اعتبار المآلات بمقاصد التشريع، وأنها جزء من علم المقاصد ومتفرعة عنها، وأنها تعد قاعدة مقاصدية، بل لا يمكن أن تعرف المآلات، إلا بمعرفة مقاصد التشريع، وهذه الصلة تفسر اقتران ذكر مآلات الأفعال كثيراً بعلم المقاصد، بل إن القواعد الأصولية المالية هي قواعد مقاصدية.

<sup>(1)</sup> ينظر: يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، قاعدة العادة محكمة، مكتبة الرشد، الرياض، ط 2، 1433 هـ - 2012 م، ص 78، وعبد الله إبراهيم زيد الكيلاني، نظرية الباعث، تقديم: فتحي الدريبي، مطابع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، عمان، ص 103.

<sup>(2)</sup> رواه مالك في كتاب الصيام، باب: ما جاء في التشديد في القبلة للصائم، ج 1 ص 244، رقم الحديث (19).

<sup>(3)</sup> ينظر: ابن عبد البر، التمهيد، ترتيب: عطية سالم، دار الصفا، مصر، ط 1، 1416 هـ، ج 6 ص 186.



### المبحث الثاني: الصبغة المقاصدية والوصف الأصولي لمبدأ اعتبار المآل

يتفق العلماء على اعتبار مآلات الأفعال والأخذ بها، فإنهم يعتدون بالمآلات التي يقطع بتحقيق وقوعها، لكنهم يختلفون في مدى العمل بها، والتوسع في استعمالها، ويرجع هذا الاختلاف إلى الاختلاف في تحقيق المناط، الذي يتوصل به إلى معرفة ما سيؤول إليه الفعل، التي لم تتضمنها بعض التصرفات.

الحنفية والشافعية يتمسكون بظواهر القصد، عملاً بالأصل ولا يحكمون بالتهمة، وهم بذلك نظروا إلى المآل باعتبار ما يؤول إليه، وذلك من مصلحة استقرار التعامل بين الناس، وأما المالكية والحنابلة فيعتدون بالقصد الخفية إذا دلت عليها قرائن الأحوال ويحكمون بالتهمة، وهذا ما يبرر توسعهم في الأخذ بسد الذرائع وإبطال الحيل<sup>(1)</sup>.

لذلك نجد أن اعتبار المآلات، باعتبارها قاعدة مقصدية، لها امتداد في القواعد الأصولية، من خلال تحقيق المناط، وسأوضح ذلك في المطالب الآتية.

#### المطلب الأول: الصبغة المقاصدية لمبدأ اعتبار المآل

تدخل تحت النظرية المقاصدية كل الأحكام الفقهية بأدلتها التفصيلية، وذلك باعتبارها حقائق جزئية، واستقراء تفاصيل الشريعة يؤكد أن أحكامها بنيت على علة ومرام، ترجع كلها إلى الحفاظ على مصلحة الخلق ودفع المفسدة عنهم<sup>(2)</sup>.

مقاصد التشريع أمر ثابت يجب اعتقاده والتسليم به، واستحضاره والالتفات إليه، في عملية الاجتهاد الفقهي، وفي بيان الأحكام وتطويرها والترجيح بينها، فهي تكتسي صبغة الاجتهاد الذي ينبغي التمييز أثناء مباشرته بين أمرين<sup>(3)</sup>:

**أولاً:** الاجتهاد في فهم الخطاب الشرعي، وتمثل نواحيه وأوامره، من خلال الربط بين كلياته وجزئياته، ودلالة نصوصه على معانيها، ويقصد هنا «الخطاب الشرعي» يشمل إلى جانب كلام الله

(1) بحث بعنوان: منهج الترجيح بالمآل عند القاضي ابن العربي من خلال القبس، إدريس التركاوي، مجلة الاحياء، الموقع: www.alihyaa.ma، تاريخ الزيارة، 15/6/2014م.

(2) ينظر: أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الشاطبي، ص 16 و18.

(3) ينظر: نور الدين بن مختار الخادمي، الاجتهاد المقاصدي، مكتبة العبيكان، ط1، 1421هـ - 2001م، ج1 ص57.

تعالى وسنة رسوله ﷺ، وما تم استنباطه من القواعد العامة للشريعة، مما لا نص فيه، وتنزيله على الوقائع والنوازل<sup>(1)</sup>.

**ثانيا:** الاجتهاد في تنزيل الأحكام، التي تم التوصل إليها في المرحلة الأولى من مراحل الفهم، وذلك بتحقيق المناط، في كل حادثة أو واقعة، سواء كانت هذه الوقائع مما هو معتاد ومألوف، وله دليل من الشريعة من نص أو قياس - وهذا هو الغالب الأعم - أو كان خارجا عن المعتاد - وهو النادر - والذي لا بد من رده إلى الغالب<sup>(2)</sup>.

ولا يمكن التحقق مما سبق ذكره، إلا من خلال فهم شمولي لمنشئ الأحكام، ومن خلال الكشف عن طبيعة العلاقة، بين الأحكام الشرعية الأصلية والواقع، ومن خلال ما يتيح استجلاء مقاصد الشريعة من أصول للموازنة، وقواعد للتنسيق بين نصوصها، وبين المصالح التطبيقية في واقع الناس<sup>(3)</sup>، وذلك من أجل حفظ نظام الأمة، واستدامة صلاحه بصالح المهيمن عليه، وهو نوع الإنسان<sup>(4)</sup>.

ولما كانت مقاصد الشارع واحدة، لجميع المستفتين وفي مختلف الظروف، وكان مدى تحقيق هذه المقاصد، يخضع لحالة المستفتي وظروف الفتوى، وكان على المفتي أن يتصرف في فتواه، بما يحقق تلك المقاصد الثابتة والمشاركة، وبما يتلاءم مع الظروف المحيطة بالمكلف، والغاية في ذلك ضمان العدل، وتحقيق المقاصد الشرعية<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: يوسف بن عبد الله أحميتو، مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، ص74.

(2) ينظر: عبد الرحمان زايد، الاجتهاد بتحقيق المناط وسلطانه في الفقه الإسلامي، دار الحديث، القاهرة، مصر، ط1، 1426هـ، ص 260، 261.

(3) ينظر: عبد الرحمان السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، ص10.

(4) ينظر: ابن عاشور الطاهر، مقاصد الشريعة، تحقيق: محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس، الأردن، ط2، 1421هـ 2001م، ص273.

(5) ينظر: نعمان جعيم، طرق الكشف عن مقاصد الشريعة، دار النفائس، عمان، ط1، 1422هـ - 2002م، ص49، 50.

### المطلب الثاني: الغاية من اعتبار المآل تحقيق المقاصد

ذهب الشاطبي إلى أن اعتبار المآل أصل مقصود شرعا، وذلك باستقرائه لموارد أحكام الشرع، إذ اعتبار المآل يعبر عن معنى عام يتوجه إليه القصد، ولا يتعلق بمعنى خاص أو بأمر جزئي، والدليل على ذلك استقراء الشريعة استقراءا معنويا، والنظر في أدلتها الكلية والجزئية<sup>(1)</sup>، والتي أضيفت إلى بعضها البعض؛ لينتظم من النظر في مجموعها أن اعتبار المآل، قاعدة وأصل كلي مقصدي محض، يقتضي اعتباره تنزيل الحكم على الفعل بما يناسب عاقبته المتوقعة مستقبلا<sup>(2)</sup>.

إن اعتبار المآل يجسد الضوابط، التي على المجتهد التزامها في عمله، ويوضح له معالم المقاصد والغايات، التي يقصدها الشرع وبتفياها، والذي يؤدي في نهايته إلى ارتباط الأحكام الشرعية فيما بينها، وبما أن الأحكام تشتمل على مقاصد، والمقاصد تشتمل على أحكام، النتيجة هنا هي ارتباط المقاصد فيما بينها<sup>(3)</sup>.

« إن المجتهد وهو ينظر في النوازل، عليه أن يقتدي بالشارع الذي قد راعى المآل في تشريعه، فكان حتما عليه أن يراعيه في تطبيقه، بل لا يجوز أن يكون المآل معتبرا في التشريع دون التطبيق؛ لأن قصد الشارع من ترتيب مصلحة ما، على حكم معين، هو تحقيقها في الواقع على النحو الذي قصده»<sup>(4)</sup>.

من هنا كان المجتهد مقيدا في نظره الاجتهادي إلى المآل، فلا يمكنه تجاوزه أو إهماله، وقد يتمسك البعض بأن الحكم الشرعي، ما تقرر في شأن فعل من الأفعال، إلا لعلم الشارع الحكيم بتأديته إلى مصلحة، وصرفه عنه إلى حكم آخر، هو مخالفة لإرادة الشارع وتقول عليه، ولكن هذا الاعتراض والاستدلال مرجوح الأسباب الآتية<sup>(5)</sup>:

- إن كل تكليف يوجبه الشرع على المكلف هو مصلحة له، وهذه المصلحة إما أن تكون راجعة إلى مآل المكلف في الآخرة، وإما أن تكون مصلحة دنيوية، والفعل سبب لمسبب وهذا المسبب

(1) ينظر: الشاطبي الموافقات، ج2 ص81.

(2) ينظر: فريد الأنصاري، المصطلح الأصولي عند الشاطبي، ص43.

(3) ينظر: علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، دار الغرب الإسلامي، ط5، 1993م، ص43، والشاطبي، الموافقات، ج2 ص31.

(4) يوسف عبد الله أحميتو، مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، ص77.

(5) يوسف عبد الله أحميتو، مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، ص77.

هو مآل السبب، فوجب بذلك اعتبار مآلات الأسباب في جريانها، وهو معنى النظر في المآلات كما قال الشاطبي<sup>(1)</sup>.

- إن فعل المكلف ينتقل بين مآلين، مآل معتبر شرعا أو غير معتبر، فإن كان معتبرا كان مطلوباً، وإذا لم يكن معتبر جاء مآل الفعل مضادا للقصد منه؛ لأن التكاليف لم تشرع إلا لمصالح العباد، ولا مصلحة يعتد بها أو يلتفت إليها باعتبارها مصلحة، مع إمكان وقوع مفسدة توازيها أو تزيد عليها، وهذا مآله<sup>(2)</sup>.

- دل الاستقراء التام للأدلة الشرعية، على اعتبار المآل في أصل المشروعية على الإجمال، فقد نهينا عن سب المشركين، ونهينا عن أكل أموال الناس بالباطل، وامتنع النبي ﷺ، عن إعادة بناء الكعبة على قواعد إبراهيم، وامتنع عن قتل المنافقين وقد أتوا ما يستوجب القتل<sup>(3)</sup>.

ولولا اعتبار المآل، ما كانت هذه الأوامر، وهذه التصرفات النبوية التي حققت المناط الخاص، ولكانت عبثا تنتزه الشريعة الغراء عنه.

- الأدلة الدالة على سد الذرائع والحيل، إن غالبها تذرع بفعل جائز إلى عمل غير جائز، الأصل على المشروعية لكن مآله غير مشروع<sup>(4)</sup>.

- الأدلة الدالة على التوسعة ورفع الحرج، غالبها سماح في عمل غير مشروع في الأصل، لما يؤول إليه من الرفق المشروع<sup>(5)</sup>.

وهذا ما يقتضي العمل بقواعد الاستحسان، ومراعاة الخلاف، والعرف، والتي تشكل مع الذرائع، ومنع الحيل، طرق اعتبار المآل.

(1) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج5 ص179.

(2) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج5 ص179.

(3) وذلك حين استأذن عمر رضي الله عنه في قتل المنافق عبد الله بن أبي سلول، فقال رضي الله عنه: «دعه، لا يتخذه الناس أن محمداً

يقتل أصحابه» رواه البخاري في كتاب التفسير، باب قوله تعالى: ﴿أَسْتَعْبِرْتَ لَهُمْ أَمْ لَمْ تَسْتَعْبِرْ لَهُمْ لَنْ

يَعْبِرَ اللَّهُ لَهُمْ﴾ الآية 6، من سورة المنافقون، ج6 ص153، رقم الحديث (4905)، ومسلم في كتاب البر والصلة

والآداب، باب: نصر الأخ ظالما أو مظلوما، رقم الحديث (2584).

(4) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج5 ص182.

(5) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج5 ص182.

### المطلب الثالث: الجانب الأصولي لمبدأ اعتبار المآل

يعتبر الفقه من أهم وأوسع العلوم الإسلامية، بل هو مركز الدائرة الذي تدور عليه أفعال المكلفين، وهو العلم الذي انبثق من صميم تعاليم الكتاب والسنة، ولم يتأثر بأي فكر وافد، ولهذا عرّفه الفقهاء، جمهور الأصوليين بأنه: «العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية»<sup>(1)</sup>.

إن أهمية علم الفقه أملت على المسلمين واجب النهوض به؛ ليلبغ إلى ما ينبغي أن يبلغه من درجات التكامل، والرقي، مليباً بذلك جوانب الحياة الإنسانية في جميع أبعادها، وكافة مجالاتها.

والفقه الإسلامي يمثل مجموعة الأحكام الشرعية، التي انزلها الله ﷻ على رسوله ﷺ، لتنظيم علاقات الأفراد والجماعات في المجتمع الإسلامي، ضمن منهج رباني ينسجم مع فطرتهم، ويشمل كافة شؤون حياتهم، العلمية والعملية... وغير ذلك مما يحتاجه الفرد والمجتمع، مما تتسع له أحكام الشريعة السمحاء<sup>(2)</sup>.

والاجتهاد في الشريعة الإسلامية، يتخذ صوراً كثيرة تتحدد بحسب الأدلة والنصوص، والمعطيات الشرعية، فيتنوع بين صورة الاجتهاد الجزئي، وبين الاجتهاد في الأدلة الكلية، والقواعد والمقاصد الشرعية، الكلية والعامة، وذلك بحسب ما تقتضيه طبيعة النازلة، بحيث يعمد المجتهد إلى تنزيل مقاصد الشريعة على الواقع<sup>(3)</sup>.

لذلك كما امتد أصل اعتبار المآل، ضمن النظرية المقصدية العامة، فلا يمكن إلا أن يجد امتداده ضمن دائرة الاجتهاد الفقهي عموماً، والمقصدي خصوصاً، ولا غرابة في أن يعد مبدأ مراعاة المآل مصدراً اجتهادياً ودينياً<sup>(4)</sup>، وذلك باعتبار تبعيته للأدلة الشرعية التي يقول عنها الشاطبي: «كل دليل شرعي فمبنى على مقدمتين: إحداها راجعة إلى تحقيق مناط الحكم.

<sup>(1)</sup> ينظر: عبد الرحيم بن الحسن السنوي، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، تحقيق: محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1401هـ-1981م، ص50، وجمال الدين أبي عمرو عثمان ابن الحاجب، مختصر منتهى السؤل والأمل في علمي الأصول والجدل، تحقيق: نذير حمادو، دار ابن حزم، ط1، 1427هـ، ج1 ص25.

<sup>(2)</sup> ينظر: نور الدين الخادمي، أبحاث في مقاصد الشريعة، ص53.

<sup>(3)</sup> ينظر: عبد الرحمان السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، ص350.

<sup>(4)</sup> ينظر: نور الدين الخادمي، أبحاث في مقاصد الشريعة، ص68.

والأخرى ترجع إلى نفس الحكم الشرعي، فالأولى نظرية، وأعني بالنظرية هنا ما سوى النقلية، سواء علينا أثبتت بالضرورة، أم بالفكر والتدبر، ولا أعني بالنظرية مقابل الضرورية. والثانية نقلية، وبيان ذلك ظاهر في كل مطلب شرعي، بل هذا جار في كل مطلب عقلي، أو نقلي فيصح أن نقول: الأولى راجعة إلى تحقيق المناط، والثانية راجعة إلى الحكم، ولكن المقصود هنا بيان المطالب الشرعية،... إن الشرائع إنما جاءت لتحكم على الفاعلين من جهة ما هم فاعلون»<sup>(1)</sup>، ويقول أيضاً: « فأعلم أن كل مسألة تفتقر إلى نظرين: نظر في دليل الحكم، ونظر في مناطه، فأما النظر في دليل الحكم، لا يمكن أن يكون إلا من الكتاب والسنة، أو ما يرجع إليهما من إجماع أو قياس أو غيرهما»<sup>(2)</sup>.

وعلى هذا يمكن أن نقرر أن الاجتهاد الفقهي، يقوم على مقدمتين:

**الأولى:** مقدمة نقلية، ويمكن تسميته بالمقدمة الشرعية الحاكمة على المناط، والمسلم بها باعتبار رجوعها إلى الشرع، سواء كانت نصاً أو اجتهاداً، ومن خلال هذه المقدمة يتم تعيين الحكم الشرعي في الواقع<sup>(3)</sup>.

**الثانية:** مقدمة تطبيقية، هي آخر مراحل الاجتهاد<sup>(4)</sup>، وهي ما يسمى بتحقيق مناطات الأحكام، وتطبيق النصوص في أفرادها<sup>(5)</sup>، وهو الذي عناه الشاطبي حين قال: « الاجتهاد على ضربين: أحدهما: لا يمكن أن ينقطع حتى ينقطع أصل التكليف، وذلك عند قيام الساعة. والثاني: يمكن أن ينقطع قبل فناء الدنيا. فأما الأول فهو الاجتهاد المتعلق بتحقيق المناط»<sup>(6)</sup>.

تحقيق المناط يعد أصلاً كلياً في تطبيق الأحكام، وتكييف الوقائع المستجدة، ويسهم تحقيق المناط في ديمومة الشريعة الإسلامية، وخلودها وبقائها، وهو من الوسائل التي يعول عليها

(1) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج3 ص 232، 233.

(2) ينظر: الشاطبي، الاعتصام، ص 667.

(3) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج5 ص 414 - 417 - 420.

(4) ينظر: فريد الأنصاري، المصطلح الأصولي عند الشاطبي، ص 373.

(5) ينظر: زايد، عبد الرحمن، الاجتهاد بتحقيق المناط وسلطانة في الفقه الإسلامي، ص 189، والشنقيطي، مذكرة في

أصول الفقه، مجمع الفقه الإسلامي بجدة، دار عالم الفوائد، ط1، 1426هـ، ص 243، 244.

(6) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج5 ص 11، 12.

لتطبيق الأحكام الشرعية على أرض الواقع، وإنزالها من حيز التنظير والتجريد، إلى ميدان العمل والمشاهدة<sup>(1)</sup>.

### الطلب الرابع: مفهوم تحقيق المناط

إن تحقيق المناط<sup>(2)</sup>، مسلك متعلق بأهل الاجتهاد، والاستنباط أكثر من غيرهم؛ لكنه لا يستغني عنه المكلف، الناظر فيما يتعلق به من أحكام ونوازل، فالمكلف ينظر في شرعية ما يقدم عليه من فعل، كفعل القصر في الصلاة لعذر السفر، فهل واقعة السفر قيد البحث، هي نفسها التي جاءت الأدلة بوصفها موجبة للقصر أم لا؟.

إن دلالة مصطلح « تحقيق المناط »، وهو في أصله مركب إضافي، يدعونا في البدء إلى التفريق بين لفظيها، عند الحديث عن المفهوم والدلالة، فلفظة « تحقيق » لها معناها، وكذلك لفظة « المناط » ثم التركيب « تحقيق المناط » تتوقف معرفة حقيقته على فهم كل لفظة على حدة<sup>(3)</sup>.

### الفرع الأول: معنى اللفظتان لغة واصطلاحاً

تعتبر كلمة تحقيق المناط مركب يحتاج إلى التجزئة في تعريفه، حتى يتم تصوره، فتعرف كل كلمة على حدة، سواء في الجانب اللغوي أو في الاصطلاح الشرعي.

(1) ينظر: نور الدين الخادمي، أبحاث في مقاصد الشريعة، ص68.

(2) هذه الأنواع الثلاثة: تحقيق المناط، وتنقيحه، وتخريجه يشبه بعضها ببعض خصوصاً على المبتدئ في النظر، فتحقيق الفرق بينهم مهم.

- تحقيق المناط: بيان وجود علة الأصل في الفرع، أو بيان وجود علة متفق عليها في محل النزاع، كبيان وجود الطواف المتفق عليه في الهرة، في الفأرة ونحوها. ينظر: الشاطبي، الموافقات ج5 ص39.

- تنقيح المناط: تعيين وصف للتعليل من أوصاف المذكورة، كتعيين وقاع المكلف لإيجاب الكفارة من الأوصاف المذكورة في حديث الأعرابي. ينظر: الآمدي، الإحكام، ج3 ص336.

- تخريج المناط: هو استخراج العلة من أوصاف غير المذكورة، كاستخراج الكيل من حديث الربا، دون الطعم والاقتيات وهي أوصاف الأصل. ينظر: نجم الدين الطوفي، مختصر شرح الروضة، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، 1407هـ - 1987م، ج3 ص243، وتقي الدين أبو الحسن علي السبكي وولده عبد الوهاب، الإبهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، 1416هـ - 1995م، ج3 ص83.

(3) ينظر: عصام صبحي صالح شرير، تحقيق المناط وأثره في اختلاف الفقهاء، الماجستير في أصول الفقه من كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة، 1430هـ - 2009م، ص11.

## أولاً: التحقيق

1- التحقيق لغة: مصدر من الفعل حقق يحقق، وله في اللغة عدة معان منها:

أ- الوجوب والإثبات: ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَكِنْ حَفَّتْ كَلِمَةُ الْعَذَابِ عَلَى

الْكَبِيرِينَ﴾<sup>(1)</sup>، أي: وجبت وثبتت<sup>(2)</sup>.

قال صاحب الكليات: « التحقيق: تفعيل من حق ثبت»<sup>(3)</sup> وقال ابن منظور: « وحق الأمر يحق حقاً وحقوقاً صار حقاً وثبت»<sup>(4)</sup>.

وانطلاقاً من المعنى اللغوي، فإن التحقيق عند الأصوليين يفيد الإثبات.

ب- الإحكام والتصديق والتصحيح: ومنه قولهم: أحققت الأمر إحقاقاً، إذا أحكمته وصحته وتيقنت منه، وكلام محقق أي: محكم رصين<sup>(5)</sup>.

والمعاني اللغوية للفظ « التحقيق » تتشابه وتتلاقى فثبوت الشيء ووجوبه - كما في المعنى الأول - يتوقف على التأكد من صحته وصدقه - كما في المعنى الثاني -<sup>(6)</sup>.

## 2 - التحقيق اصطلاحاً

«التحقيق» في الاصطلاح يبدو أن العلماء أنهم اكتفوا بالمعنى اللغوي؛ لأن معناه الاصطلاحى لا ينفك عنه، يمكن أن يقال اعتماداً على المعنى اللغوي أن « التحقيق » اصطلاحاً يعني: « إثبات الشيء المتوقع على التأكد منه وصحته وصدقه»<sup>(7)</sup>.

(1) الآية 68، من سورة الزمر.

(2) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج 10 ص 49، مادة(حقق) الفيومي، المصباح المنير، ص 89، مادة(حقق)

(3) ينظر: الكفوي، أبو البقاء، الكليات، معجم المصطلحات والفروق اللغوية، ص 296.

(4) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج 15 ص 49.

(5) ينظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج 2 ص 18، وابن منظور، لسان العرب، ج 1 ص 49، والفيومي، المصباح المنير، ص 89، و الرازي، مختار الصحاح، ص 90 .

(6) ينظر: عصام صبحي صالح شير، تحقيق المناط وأثره في اختلاف الفقهاء، ص 12.

(7) ينظر: الجبوري، يحيى وهيب، منهج البحث وتحقيق النصوص، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1413هـ، ص 127.



## ثانياً: المناط

### 1- المناط لغة

من الفعل ناط ينوط نوطاً، والجمع أنواط، ويدل على معنى واحد، وهو: تعليق شيء بشيء، ومنه قولهم: « ناط القرية بنياتها » أي: علقها، « ونطته به » إذا علقت به، « والمناط » هو: موضع التعليق، ومنه: « ذات أنواط »، وهي اسم شجرة بعينها كان المشركون ينوطون سلاحهم بها ويعكفون حولها<sup>(1)</sup>.

ومن هذه المعاني اللغوية نخلص إلى أن معنى « المناط » لغة هو: موضع التعليق، وهذا يختص بالأشياء المحسوسة كما يظهر من خلال ما سبق ذكره<sup>(2)</sup>.

### 2- المناط اصطلاحاً

عند الرجوع إلى أهل الأصول نجد أن: « المناط » اشتهر بينهم في كتاباتهم بأنه: «العلة»<sup>(3)</sup>، التي هي ركن القياس، والتي يعلق عليها الحكم. ومن النماذج التي تدل على تداول أهل الأصول لفظة المناط، على أنها العلة ما يلي: « اعلم أننا نعني بالعلة في الشرعيات مناط الحكم، أي: ما أضاف الشرع الحكم إليه، وناطه به، ونصبه علامة عليه»<sup>(4)</sup>.

وقال ابن قدامة: « ونعني بالعلة مناط الحكم »<sup>(5)</sup>.

وذكر « المناط » ضمن الأسماء التي ترادف «العلة»، فذكر أن للعلة أسماء متعددة منها: المناط، والسبب، والإشارة، والداعي، والمستدعي، والباعث، والحامل، والدليل، والمقتضي،

(1) ينظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج5 ص370، والفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص89.

(2) ينظر: الزمخشري، أبو القاسم جار الله، أساس البلاغة، تحقيق عبد الرحيم محمود، دار المعرفة، بيروت، 1982م، ص476.

(3) وهي تعني: « الباعث على الحكم، أي: المشتمل على حكمة صالحة، لأن تكون مقصود الشارع من شرع الحكم». ينظر: الآمدي، الإحكام، ج2 ص180.

(4) ينظر: أبو حامد الغزالي، المستصفى في علم الأصول، ج2 ص97.

(5) ينظر: ابن قدامة، روضة الناظر وجنة المناظر، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، 1423هـ-2002م، ج2 ص229.

والموجب، والمؤثر<sup>(1)</sup>.

وما ذكر هنا يدل على أن الأصوليين، لا يفرقون بين العلة والمناط، ويجعلونهما مترادفين في الاصطلاح.

وإذا كانت العلاقة بين معنى التحقيق لغة، وبين معناه اصطلاحاً، هي التطابق كما تقدم، فإن العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاح للمناط، هي أنه يطلق على « العلة » من باب المجاز؛ لأن المناط في اللغة يختص بالأشياء المحسوسة، والعلة التعليق فيها معنوي، فأطلق على العلة مناطاً من باب المجاز<sup>(2)</sup>.

إذن، فالعلاقة بين المعنيين أي « العلة والمناط »، وهي المشابهة في التعليق.

وفي إرشاد الفحول: «وتعيرهم عن العلة بالمناط من باب المجاز اللغوي؛ لأن الحكم لما علق بها كان كالشيء المحسوس الذي تعلق بغيره، فهو من باب تشبيه المعقول بالمحسوس، وصار ذلك في اصطلاح الفقهاء بحيث لا يفهم عند الإطلاق غيره»<sup>(3)</sup>.

وفي نشر البنود: « والمناط العلة التي نيط الحكم بها أي عُلِّق<sup>(4)</sup>». وقد قرر هذا: « اعلم أننا نعني بالعلة في الشرعيات مناط الحكم، أي ما أضاف الشرع الحكم إليه وناطه به ونصبه علامة عليه»<sup>(5)</sup>.

ثم توسّع في بيان مضامينه، ليشمل مضمون القاعدة التشريعية أو الفقهية، أو معنى الأصل الكلي الذي ربط به حكم كل منها، ليكون عند الشاطبي مطلق الحكم التكليفي الثابت بمدركه الشرعي، وتبعاً لهذا التوسع في مدلول المناط سار تحقيق المناط أيضاً<sup>(6)</sup>.

(1) ينظر: الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتيب، ط1، 1414هـ - 1994م، ج5ص418.

(2) ينظر: عصام صبحي صالح شرير، تحقيق المناط وأثره في اختلاف الفقهاء، ص14.

(3) ينظر: الشوكاني، إرشاد الفحول، ج2ص641.

(4) ينظر: الشنقيطي، عبد الله بن إبراهيم، نشر البنود على مراقي السعود، صندوق إحياء التراث الإسلامي، المغرب،

ج2ص171.

(5) ينظر: الغزالي، المستصفى، ج2ص230.

(6) ينظر: عصام صبحي صالح شرير، تحقيق المناط وأثره في اختلاف الفقهاء، ص14.

### الفرع الثاني: مفهوم تحقيق المناط

يلاحظ أن معنى التحقيق عام يدخل فيه أفراد كثيرون، ولكن بعد الإضافة يقال: «تحقيق المناط» يختص التحقيق بمعناه -وهو الإثبات- بالحكم الشرعي أي: علته التي يدل عليها لفظة «مناط» بعد إضافتها إلى «تحقيق» فصار معنى هذا المركب الإضافي: إثبات وجود ما ربط به الحكم، وعلق عليه بناء على ما تقدم من التعريف اللغوي والاصطلاحي للفظتين<sup>(1)</sup>.

وإذا ذهبنا إلى كتب الأصوليين نجد أن هذا المركب الإضافي «تحقيق المناط» عُذَّ مصطلحاً قائماً بذاته، متداولاً بينهم، تعددت فيه تعريفاتهم وتنوعت في تعريفه الألفاظ والعبارات، مما يشير إلى اختلافهم في حقيقة المصطلح أصلاً، ومن هذه التعريفات ما يأتي:

1- عرّفه الآمدي والفتازاني<sup>(2)</sup> والمرداوي<sup>(3)</sup> بأنه: «النظر في معرفة وجود العلة في آحاد الصور، بعد معرفتها في نفسها، وسواء كانت معروفة بنص أو إجماع أو استنباط»<sup>(4)</sup>.

2- والمصطلح عند ابن قدامة<sup>(5)</sup>، يعرف من خلال قسمين، فقد قسمه ابن قدامة تحقيق المناط إلى نوعين: وعرفهما بقوله:

أما الأول: فمعناه «أن تكون القاعدة الكلية متفقاً عليها أو منصوصاً عليها ويجتهد في

(1) ينظر: عثمان عبد الرحيم، آليات تحقيق المناط ووسائله ومسلك المجتهد فيه، ص9، [www.mostjadat.com](http://www.mostjadat.com)، تاريخ زيارة الموقع (2014/7/15م).

(2) سعد الدين مسعود بن عمر الفتازاني، فاق في النحو والصرف والمنطق والمعاني والبيان، والأصول والتفسير، والكلام وكثير من العلوم، توفي 792هـ، ينظر: بن حجر العسقلاني، الدرر الكامنة، ج4 ص350، وجلال الدين السيوطي، بغية الوعاة، ص391.

(3) هو الفقيه، المحدث، الأصولي، علاء الدين، أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد بن محمد المرادوي، الحنبلي، شيخ المذهب وإمامه، توفي سنة 850هـ، ينظر: السخاوي شمس الدين، الضوء اللامع، دار الجيل، بيروت، ج5 ص225، وابن العماد، شذرات الذهب، ج7 ص340.

(4) ينظر: سعد الدين مسعود بن عمر الفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، اعتنى به: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، ج2 ص162، و علي بن سليمان المرادوي، التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، مكتبة الرشد، 1421هـ-2000م، ج7 ص3452.

(5) هو أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن مقدم بن نصر المقدسي الجماعيلي، قرأ على مشايخ دمشق، تصدر في جامع دمشق مدة طويلة، توفي رحمه الله يوم السبت في يوم عيد الفطر، عام 620هـ ينظر: ابن رجب، ذيل طبقات الحنابلة، ج2 ص133، والذهبي، سير أعلام النبلاء، ج22 ص165.

تحقيقها في الفرع».

والثاني: «ما عرف علة الحكم فيه بنص أو إجماع فيبين المجتهد وجودها في الفرع باجتهاده»<sup>(1)</sup>.

3- عرّفه القرافي<sup>(2)</sup> والإسنوي، بأنه: «تحقيق العلة المتفق عليها في الفرع، أي إقامة الدليل على وجودها فيه»<sup>(3)</sup>.

4- وعرّفه الطوفي<sup>(4)</sup> بأنه: «إثبات علة حكم الأصل في الفرع، أو إثبات معنى معلوم في محل خفي فيه ثبوت ذلك المعنى»<sup>(5)</sup>.

5- وعرّفه ابن السبكي<sup>(6)</sup> والزركشي<sup>(7)</sup>، بأنه: «يتفق على علة وصف بنص أو إجماع ويجتهد في وجودها في صورة النزاع»<sup>(8)</sup>.

6- وأختم هذه التعريفات بتعريف معاصر استفيد من التعريفات التي تقدمت وزاد عليها، فقد عرف

<sup>(1)</sup> ينظر: ابن قدامة، روضة الناظر وجنة المناظر، ج2 ص229، 230.

<sup>(2)</sup> هو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أبي العلاء إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله بن يلين الصنهاجي البهشمي البهنسي المصري، ألف التآليف البديعة البارعة منها: التنقيح في أصول الفقه وهو مقدمة الذخيرة، توفي رحمه الله 684هـ، ينظر: مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ج1 ص188، 189، و ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، ج1 ص62-67.

<sup>(3)</sup> ينظر: أبو العباس شهاب الدين أحمد القرافي، شرح تنقيح الفصول، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات بدار الفكر، دار الفكر، لبنان، 1424هـ- 2004م، ص302.

<sup>(4)</sup> هو سليمان بن عبد الكريم بن سعيد الطوفي، الفقيه الأصولي المتفنن، نجم الدين أبو الربيع، حفظ مختصر الخرق في الفقه، وتوفي في بلد الخليل (فلسطين) سنة 716هـ، ينظر: ابن رجب، ذيل الطبقات، ج2 ص366.

<sup>(5)</sup> ينظر: الطوفي، شرح مختصر الروضة، ج3 ص236.

<sup>(6)</sup> هو علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن يوسف السبكي، يقول عنه ابنه تاج الدين في ترجمته: هو الشيخ الإمام الفقيه المحدث، الحافظ المفسر المقرئ الأصولي، المتكلم النحوي اللغوي الأديب، الحكيم المنطقي... توفي بدمشق.

771هـ، ينظر: السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، ج9 ص142-276، وابن العماد، شذرات الذهب، ج6 ص126.

<sup>(7)</sup> محمد بن بهادر بن عبد الله التركي الأصل المصري الشيخ بدر الدين الزركشي، عني الزركشي بالفقه والأصول والحديث، ومات في ثلث رجب سنة 794 بالقااهرة. ينظر: السيوطي، حسن المحاضرة، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، دارإحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه، 1387هـ- 1967م، ج1 ص185، 186، و ابن العماد، شذرات الذهب، ج6 ص335.

<sup>(8)</sup> ينظر: محمد بن بهادر الزركشي، البحر المحيط، ج5 ص256.

تحقيق المناط: هو «إثبات مضمون القاعدة العامة أو الأصل الكلي أو العلة في الجزئيات والفروع إبان التطبيق، بشرط أن يكون كل من المضمون والعلة متفقاً عليه»<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث: الراجع من هذا التعريفات

إن تعريف ابن تيمية والشاطبي، أولى بالترجيح لتوسيعهم مفهوم تحقيق المناط ودلالته، ليصبح تعريف المفهوم العام لمصطلح تحقيق المناط: سواء من حيث المعنى الكلي، وسواء كان هذا المعنى قاعدة شرعية، أو أصلاً لفظياً أو معنوياً عاماً أو مطلقاً<sup>(2)</sup>.

وهذا المفهوم مستخرج من تعريفاتهم و من أمثلتهم في كتبهم.

لقد تناول جمهور الأصوليين تحقيق المناط، في التحقق من وجود علة الحكم في الجزئيات المحددة بعد معرفتها في أصل الحكم، عملاً بتعديتها ونقلها من الأصل إلى الفرع، فهي ركن من أركان القياس الأصولي، وقد عبر عن هذا المعنى الآمدي، في معرض بيان تحقيق المناط، فقال: «هو النظر في معرفة العلة في آحاد الصور بعد معرفتها في نفسها، وسواء كانت معروفة بنص أو إجماع أو استنباط»<sup>(3)</sup>.

وهو نفس المعنى هنا: «إثبات العلة في آحاد صورها بالنظر والاجتهاد في معرفة وجودها في آحاد الصور بعد معرفتها في ذاتها»<sup>(4)</sup>.

### الفرع الرابع: أقسام تحقيق المناط

ينقسم تحقيق المناط إلى قسمين وهما، تحقيق مناط عام، وآخر تحقيق مناط خاص، وهو ما سأوضحه في النقطتين الآتيتين.

### أولاً: تحقيق مناط عام

يعتبر تحقيق المناط العام، هو الذي لا خلاف بين الأمة في قبوله، وهو أن تكون القاعدة الكلية متفقاً أو منصوصاً عليها، فيجتهد المجتهد في تحقيقها وتنزيلها في نوع معين منها بغض

(1) ينظر: فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، ط2، 1429هـ، ج1 ص123.

(2) ينظر: عصام صبحي صالح شرير، تحقيق المناط وأثره في اختلاف الفقهاء، ص18، وما بعدها.

(3) ينظر: الآمدي، علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، ج3 ص335.

(4) ينظر: الفتوحى، ابن النجار، شرح الكوكب المنير، تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، الرياض،

1993م، ج4 ص200-203.

النظر عن الملابس الطارئة للأفراد والأعيان بخصوصهم<sup>(1)</sup>، قال تعالى: ﴿بَجَزَاءٍ مِّثْلِ مَا

فَقَتَلَ مِنَ النَّعَمِ﴾<sup>(2)</sup>، القاعدة الكلية وجوب المثلية، فيجتهد في البقرة مثلاً، بأنها مثل الحمار

الوحشي، والعنز مثل الغزال، والعناق مثل الأرنب<sup>(3)</sup>.

ومنه الاجتهاد في القبلة، فالتوجه إلى القبلة قاعدة كلية، سندها قوله تعالى: ﴿وَحَيْثُ مَا

كُنْتُمْ فَوَلُّوا وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ﴾<sup>(4)</sup>، المعنى هنا وجوب التوجه إلى القبلة وهي قاعدة

كلية، ثم أن المجتهد يجتهد في تحقيق القبلة في مكان ما<sup>(5)</sup>.

وهذا لا نزاع فيه بين العلماء، لذا يقول ابن تيمية: «كما أن تحقيق المناط ليس مما يقبل

النزاع باتفاق العلماء»<sup>(6)</sup>، ومعلوم أن القسم الثاني -الذي سيأتي معنا- الخلاف فيه بين أهل العلم سلفاً وخلفاً شائع ذائع، فلا شك أن مراده هذا الأول.

واعتبار هذا النوع من تحقيق المناط فيه مسامحة؛ لذا نجد أن: «المناط هنا ليس بمعناه

الاصطلاحي؛ لأنه ليس المراد به العلة، وإنما المراد به النص العام، وتطبيق النص في أفراد، هو هذا النوع من تحقيق المناط»<sup>(7)</sup>.

<sup>(1)</sup> ينظر: عصام صبحي صالح شير، تحقيق المناط وأثره في اختلاف الفقهاء، ص90.

<sup>(2)</sup> الآية 95، من سورة المائدة.

<sup>(3)</sup> ينظر: المرداوي، الإنصاف، ج3 ص385.

<sup>(4)</sup> الآية 144، من سورة البقرة.

<sup>(5)</sup> ينظر: يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، تحقيق: عادل عبد الموجود، دار عالم المكتبات، بيروت، 1423هـ، ج2 ص230.

<sup>(6)</sup> ينظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج2 ص159.

<sup>(7)</sup> ينظر: الشنقيطي، مذكرة أصول الفقه، ص 244.

### ثانياً: تحقيق مناط خاص

وهذا هو المقصود في الاصطلاح، وهو أن يتفق على عالية وصف معين، بنص أو إجماع أو غيرها، من طرق استنباط العلة، فيحقق المجتهد وجودها في الفرع المعين من عدمه<sup>(1)</sup>، معنى هذا: أن يكون النظر فيه للأعيان، وما يكتنفهم من ملاسبات، بخلاف الأول.

وعرفه الشاطبي بقوله: «وعلى الجملة، فتحقيق المناط الخاص: نظر في كل مكلف بالنسبة إلى ما وقع عليه من الدلائل التكليفية، بحيث يتعرف منه مداخل الشيطان، ومداخل الهوى، والحظوظ العاجلة؛ حتى يلقيها هذا المجتهد على ذلك المكلف مقيدة بقيود التحرز من تلك المداخل»<sup>(2)</sup>.

ومثال تحقيق المناط الخاص هذا: تحقيق علة اعتزال النساء في المحيض هو الأذى، قوله

تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى بَاعْتَرَلُوا النِّسَاءَ بِهِ

الْمَحِيضِ﴾<sup>(3)</sup> فينظر المجتهد في تحقق هذه العلة في النفاس، فإذا رآها موجودة فيه أجرى القياس عليها<sup>(4)</sup>.

ولا يعتبر تحقيق المناط، مسلك من مسالك العلة، وذلك أن العلة ثابتة بالنص أو الاستنباط، فيجب على المجتهد تحقيق العلة في المسكوت عنه بالمنطوق<sup>(5)</sup>.

وفي هذا النوع من تحقيق المناط يقول ابن تيمية: «...ومن هذا الباب لفظ الربا، فإنه يتناول كل ما نهى عنه، من أنواع الربا، والقرض الذي يجر منفعة، وغير ذلك، فالنص متناول لهذا كله، لكن يحتاج في معرفة دخول الأنواع والأعيان في النص، إلى ما يستدل به على ذلك، وهذا الذي يسمى تحقيق المناط»<sup>(6)</sup>.

(1) ينظر: عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ص218.

(2) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج5 ص24، 25.

(3) الآية 220، من سورة البقرة.

(4) ينظر: وهبه الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، ط1، 1406هـ - 1986م، ج1 ص710 - 713.

(5) ينظر: مبارك عامر بقنه، العلة عند الأصوليين، ص27.

(6) ينظر: ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج1 ص155.

### الفرع الخامس: أهمية تحقيق المناط

تحقيق المناط له من الأهمية العظمى، التي يعلمها المجتهدون، فلا غنى عنه لمجتهد أو قاض، ولا مفتى فضلاً عن المكلف العادي من المسلمين<sup>(1)</sup>.

والحاجة إلى تحقيق المناط، تأتي من أهميته بالنسبة لأحكام الشريعة عموماً، ثم أهميته في عمل القاضي والمجتهد، وكذلك أهميته في الاختلاف الفقهي خصوصاً، وهذا ما سنعرضه في العنصرين الآتيين.

### أولاً: أهمية تحقيق المناط بالنسبة لأحكام الشريعة

يمكن إبراز أهمية تحقيق المناط عموماً في النقاط الآتية:

1- أن تحقيق المناط قسيم الاجتهاد في الاستنباط، فإن علماء الأصول كان لهم جهدهم الظاهر في تأصيل مسائل، وقواعد الاجتهاد في الاستنباط<sup>(2)</sup>، وقد كان أول من اهتم بتحقيق المناط، على أنه قسيم الاجتهاد في الاستنباط، هو الشاطبي قال: «الاجتهاد على ضربين: أحدهما: لا يمكن أن ينقطع حتى ينقطع أصل التكليف، وذلك عند قيام الساعة.

والثاني : يمكن أن ينقطع قبل فناء الدنيا، فأما الأول فهو الاجتهاد المتعلق بتحقيق المناط، وهو الذي لا خلاف بين الأمة في قبوله، ومعناه: أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي، لكن يبقى النظر في تعيين محله»<sup>(3)</sup>.

وإن كان ما قاله الشاطبي، يمثل رأياً قديماً، إلا أنه كان طليعة لفهم تحقيق المناط، وجعله مرادفاً للاجتهاد، مع العلم أن الشاطبي، لم يكن مبتدعاً لهذا الشق من الاجتهاد، بل ارتكز ما ذهب إليه على قواعد أصولية، ترجع إلى غيره ممن سبقوه كابن قدامة، والطوفي، وابن تيمية، وذلك حينما قرروا أن هذا النوع من الاجتهاد لا خلاف بين الأمة في جوازه<sup>(4)</sup>.

ومما يشير إلى أن تحقيق المناط مرادفاً للاجتهاد، ما نراه في هذا التعليق على كلام الشاطبي، فقد عرف الاجتهاد جامعاً بين الضربين «الاجتهاد وتحقيق المناط»، على أنهما سواء في الاجتهاد

<sup>(1)</sup> ينظر: متولي البراجيلي، دراسات في أصول الفقه مصادر التشريع، مكتبة السنة، القاهرة، ط1، 1430هـ-2010م، ص 32.

<sup>(2)</sup> ينظر: عصام صبحي صالح شير، تحقيق المناط وأثره في اختلاف الفقهاء، ص57.

<sup>(3)</sup> ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج1ص363.

<sup>(4)</sup> ينظر: ابن قدامة، روضة الناظر، ج2ص229، وابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج10ص13.



وعمل المجتهد فقال: « الاجتهاد هو استفراغ الجهد وبذل الوسع، إما في درك الأحكام الشرعية، وإما في تطبيقها، فالاجتهاد في تطبيق الأحكام هو:

الضرب الأول الذي لا يخص طائفة من الأمة دون طائفة، وهو لا ينقطع باتفاق، والاجتهاد في درك الأحكام هو الضرب الثاني الذي يخص من هو أهل له وقد اختلفوا في إمكان انقطاعه»<sup>(1)</sup>. ونلاحظ أن ما ذهب إليه الشاطبي، وما علق به على كلامه، جعل الاجتهاد في التطبيق - وهو تحقيق المناط - ضرباً من ضروب الاجتهاد في الاستنباط.

**2-** إن تحقيق المناط، يتعلق بالتطبيق العملي، والتشريعي لأحكام الإسلام كلها، في كل زمان ومكان، فالاستنباط وحسن تفهم الوقائع اتجاهاً نظرياً، ولكن الجانب التطبيقي، الذي هو غرض الشريعة ومقصدها، من إنزال الشريعة لتدبير الحياة الإنسانية على وجه الأرض، التي تذخر بكل جديد ومتنوع، وهو ما يتعلق به تحقيق المناط، فيكون استنباط الأحكام نظرياً، لا يغني المجتهد عن تطبيقها عملياً في الواقع الموجود<sup>(2)</sup>.

وقد قال الشاطبي: « إن الاستقراء بين أن الشريعة وضعت لمصالح العباد.. »<sup>(3)</sup>، وما قاله الشاطبي، إشارة إلى أن تحقيق المناط ضمان تحقيق المصلحة الشرعية، بتطبيق الأحكام الشرعية على فروعها، وجزئياتها في الوقائع الحادثة.

**3-** إن تحقيق المناط عمل شرعي اجتهادي، يرتبط بالزمان وما يستجد فيه، مع قيام شريعة الإسلام، وتوافر المجتهدين من العلماء والفقهاء في الأمة، وهذا يمثل أمراً ضرورياً للشريعة الإسلامية، وبقاءها إلى يوم القيامة، وذلك بتطبيق نصوصها ومقرراتها الكلية، على الوقائع والحوادث الجزئية، التي تنزل بالمجتمعات في كل عصر وبيئة، بظروف وملابسات متجددة ومتغيرة وغير محصورة<sup>(4)</sup>.

وقد عبر عن أهمية تحقيق المناط من هذه الناحية: «وبالجملة نعلم قطعاً ويقيناً أن الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات، مما لا يقبل الحصر والعد، ونعلم قطعاً أنه لم يرد في كل حادثة نص ولا يتصور ذلك أيضاً، والنصوص إذا كانت متناهية والوقائع غير متناهية، وما لا يتناهى لا

<sup>(1)</sup> ينظر: إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات، تحقيق: عبد الله دراز، مكتبة الرياض الحديثة، ج1ص363.

<sup>(2)</sup> ينظر: الدريني، بحوث مقارنة في الفقه وأصوله، ج1ص180.

<sup>(3)</sup> ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج1ص362.

<sup>(4)</sup> ينظر: الدريني، بحوث مقارنة في الفقه وأصوله، ج1ص135.

يضبطه ما يتناهى، علم قطعاً أن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار، حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد»<sup>(1)</sup>.

4- معلوم لدى الأصوليين، أن الحكم التكليفي قبل مرحلة تطبيقه، وتحقيق مناطه في الجزئيات، عام ومجرد<sup>(2)</sup>، فهو عام من حيث أنه لا يختص بزمن معين، أو مكان خاص أو شخص بعينه، بل يشمل المخاطبين على الإطلاق والعموم، ومجرد من حيث أنه يقع في الذهن متعلقاً بمدركه.

ثم تأتي أهمية « تحقيق المناط » هنا في أنه الوسيلة التي تنقل الحكم الشرعي من حيز العموم والتجريد، إلى حيز التطبيق العملي<sup>(3)</sup>.

### ثانياً: أهمية تحقيق المناط في عمل المجتهد

إن القاضي والمجتهد يحتاج إلى تحقيق المناط في عمله لحاجته إليه من وجوه:

1- هو السبيل لكشف النقاب، عن حكم الوقائع والنوازل المستجدة الحدوث، التي تطرأ على المجتمعات في كل عصر ومصر، فيعمل المجتهد على إنزال نصوص الشريعة ومقرراتها الكلية، على هذه الحوادث، مما يؤكد على خلود الشريعة، وصلاحيتها لكل زمان ومكان<sup>(4)</sup>.

بالإضافة إلى أنه لا سبيل في تنزيل العام المجرد، من نصوص الشريعة في الواقع الخارجي، إلا بتنزيلها من أفقها المنطقي المجرد على الوقائع الجزئية المماثلة، التي تتحقق فيها مناطات تلك النصوص، وبذلك يكون تحقيق المناط، هو المسؤول عن هذا الإجراء الذي يتبناه القاضي والمجتهد<sup>(5)</sup>.

2- تحقيق المناط بالنسبة للمجتهد، والقاضي وسيلة لإجراء ما يأتي:

أ- عملية القياس التي يتحقق فيها، من وجود علة الأصل في الفرع.

ب- بيان وجه الاستدلال بالقواعد الكلية، سواء كانت هذه القواعد أصولية أو فقهية.

ج- التحقق من وجود مناط القواعد الكلية، في الفروع والجزئيات.

(1) ينظر: محمد بن عبد الكريم الشهرستاني، الملل والنحل، تحقيق: أحمد فهمي محمد، دار الكتب العلمية، ط2،

1413هـ- 1992م، ج1ص197.

(2) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج1ص363.

(3) ينظر: الدريني، بحوث مقارنة في الفقه وأصوله، ج1ص133.

(4) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج1ص363.

(5) ينظر: الدريني، بحوث مقارنة في الفقه وأصوله، ج1ص135.

د- الكشف عن مدى تحقق مناط الحكم التكليفي، في مختلف الأحوال والوقائع، حتى مع تجدد النوازل وتطورها ومع عدم انحصارها، كما أن لكل جزئية خصوصية تختلف فيها عن الأخرى، وشأن الأحكام التكلفية، أنها تتغير بحسب تغير الأزمنة والأمكنة، والأحوال والنيات والعوائد، وتحقيق المنط هو الوسيلة التي تكشف عن مدى تحقق المنط مع وجود كل هذه الأحوال<sup>(1)</sup>.

ويوجد أمثلة توضح مدى حاجة القاضي إلى « تحقيق المنط » وأهميته منها:

#### 1- قاعدة: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»<sup>(2)</sup>.

وهي تختص باب القضاء، والعمل بهذه القاعد وتطبيقها، يقتضي احتواء القاضي للقضية بجوانبها، وفهم الأدلة وتوجيهها، والمطالبة بالبينة وتفصيل الحجج، ومطالبة المنكر باليمين بعد استقراءه للبراهين، ولا تتحقق هذه الإجراءات إلا بنظر واجتهاد، ورد الدعاوى إلى الأدلة، وهذا هو تحقيق المنط بعينه<sup>(3)</sup>.

2- نظر القاضي واجتهاده، في تحقيق اسم الفقير على رجل في وسط فقراء، أوصى لهم شخص بماله، بأن يكون هذه الرجل له الشيء ولا سعة له، فينظر القاضي فيه: هل يكون من أهل الوصية فيشملة اسم الفقراء أم ليس منهم؟، فيحقق فيه إما اسم الفقر؛ لأنه هو الحكم الغالب عليه، أو اسم الغنى إذا غلب عليه، وهذا النظر: هو من تحقيق المنط<sup>(4)</sup>.

#### ثالثاً: أهمية تحقيق المنط في الاختلاف الفقهي

إن الاختلاف الفقهي، أمر حاصل في الاجتهادات الفقهية، وفائدته عظيمة في الوقوف على الحكم، فإن الاختلاف الفقهي، يفرز الوجوه الدقيقة التي يراها المجتهد، وغير ذلك مما لا ينفك عن عمل المجتهدين، فكان تحقيق المنط سبب أصيل في هذا الاختلاف، من حيث الوجوه الآتية<sup>(5)</sup>:

1- من حيث التصوير الفقهي للنازلة، فيتصور كل قاض أو مجتهد الواقعة، ويرى العلة من وجهة نظره فيتجلى هنا الاختلاف، ومعلوم أن تحقيق المنط قد يكون قاعدة شرعية، أو أصلاً عاماً

(1) ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، ج3ص5.

(2) ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، ج3ص5.

(3) ينظر: عصام صبحي صالح شير، تحقيق المنط وأثره في اختلاف الفقهاء، ص61.

(4) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج2ص363.

(5) ينظر: عصام صبحي صالح شير، تحقيق المنط وأثره في اختلاف الفقهاء، ص67.

بالإضافة إلى كونه علة نص جزئي، وغالبًا ما يقع فيه الخلاف وذلك في حالتين<sup>(1)</sup>:  
الحالة الأولى: أن يختلف في تحقق المناط في الفرع، أو في الجزئية المعروضة.

قد يرى المجتهد بعد بذل الجهد، واستفراغ الوسع، أن المناط -بما يشمل المعنى الكلي، أو القاعدة الشرعية أو العلة- متحقق في الفرع، أو في الجزئية تحققًا كاملاً، ويثبت هذا التحقق بالأدلة والبحث، والتحليل الاجتهادي، بينما يلحظ مجتهد آخر في هذا الفرع، أو في هذه الجزئية معنىً دقيقاً، يجعل المناط غير متحقق في الفرع، فيثبت له حكماً آخر، هو في نظره أقرب إلى العدل والمصلحة المعتمدة شرعاً، ويثبت ذلك أيضاً بالأدلة والتحليل الاجتهادي<sup>(2)</sup>.  
الحالة الثانية: تردد الفروع والجزئيات، بين أكثر من أصل، وذلك حينما ترد الفروع إلى الأصول، وإلحاق الجزئيات بالكليات، فيختلف المجتهدون في الأصل الأقرب إلى الفرع، وفي الكلي الأقوى والألصق معنىً في الجزئي<sup>(3)</sup>.

من حيث التأثير في القواعد الأصولية، فإن أثر الاختلاف في تحقيق المناط، لا يقتصر على الفروع والجزئيات الفقهية فقط، بل يصل إلى القواعد الأصولية والأدلة الشرعية، فتأثر به قواعد أبواب الاستحسان، وسد الذرائع، وفتحها<sup>(4)</sup>.

وبذلك يظهر أن تحقيق المناط، لا يقتصر أثره على الفروع الفقهية، بل يعم القواعد الأصولية، وهناك من يرى أنه يعم أيضاً الاجتهادات الدعوية<sup>(5)</sup>.

وبهذا نكون قد بينا أهمية تحقيق المناط، على مستوى المجتهد، والمكلف وكذلك على الأحكام وتطبيقها، وكل هذه الجوانب تمثل حياة المسلم الشرعية، والتي يحتاج فيها الالتزام ليحقق

<sup>(1)</sup> ينظر: عصام صبحي صالح شير، تحقيق المناط وأثره في اختلاف الفقهاء، ص 68.

<sup>(2)</sup> ينظر: الدريني، بحوث مقارنة في الفقه وأصوله، ج 1 ص 126.

<sup>(3)</sup> ينظر: العقيل، تحقيق المناط، مجلة العدل، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، العدد العشرون، شوال 1424هـ، ص 117، وإبراهيم الكيلاني، تحقيق المناط عند الأصوليين، ورقة مقدمة لندوة مستجدات الفكر الإسلامي الحادية عشرة-المنعقدة بالكويت- في الفترة - 2013/02/20م - بعنوان: الاجتهاد بتحقيق المناط فقه الواقع والمتوقع، ص 102.

<sup>(4)</sup> ينظر: فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه وأصوله، ج 1 ص 127-143.

<sup>(5)</sup> ينظر: يوسف القرضاوي، الصحوة الإسلامية بين الاختلاف المشروع والتفرق المذموم، دار الشروق، القاهرة، ط 1، 1421هـ-2001م، ص 168.

الغاية من وجوده ومرضاة ربه<sup>(1)</sup>.

### المطلب الخامس: علاقة تحقيق المناط باعتبار المآل

إن تحقيق المناط هو اجتهاد تنزيلي<sup>(2)</sup>، تراعى فيه مآلات التطبيق، وتراعى فيه ما ينشأ من نتائج، وسبيله إقامة الموازنة بين المصالح والمفاسد، فيوازن المفتي بين المصلحة التي يريدتها النص، وبين المفسدة الناتجة عن الملاسات عند التطبيق، والمفسدة قد تكون واقعة أو متوقعة، وكلاهما يدرأ بناء على قاعدة، « المتوقع كالواقع »<sup>(3)</sup>.

وبما أن الحكم الشرعي مرتبط بقصد الشارع منه، فإن هذا القصد لا يتحقق إلا بتأمل كبير في الجزئيات والوقائع المستجدة، واستيعاب تام لطبيعة المصالح والمفاسد المتزاحمة في الفعل الواحد ومراتبها، والمقصود بذلك التعارض بين مصلحة الأصل، ومفسدة المآل المساوية لها، أو الراجحة عليها<sup>(4)</sup>.

مما يوجب على المجتهد أن يستثني الحكم من القواعد العامة والدليل العام، إما بالإذن في الفعل، إن كان ممنوعاً في الأصل عن طريق الاستحسان، أو المنع منه إذا كان مباحاً، عن طريق سد

<sup>(1)</sup> ينظر: عصام صبحي صالح شرير، تحقيق المناط وأثره في اختلاف الفقهاء، ص 68، 69.

<sup>(2)</sup> يقول بشير بن مولود جحيش في كتابه (في الاجتهاد التنزيلي) المنشور في سلسلة كتب الأمة، جاءت الشريعة الإسلامية هادية لحياة الإنسان في الفكر والعمل، تسدد الفكر إلى الحق، وترشد العمل إلى الخير والصالح، وذلك عبر قسمي الاجتهاد: الاجتهاد في الفهم والاجتهاد في التطبيق (التنزيل).

وأما الاجتهاد في التطبيق (التنزيل): فهو الإجراء العملي لما حصل على مستوى الفهم التجريدي للأحكام الشرعية على واقع الأفعال، وتكييف السلوك بها.. ص 19.

<sup>(3)</sup> معنى القاعدة: هو أن ما كان متوقع الحدوث، ويغلب على الظن حدوثه، أو زاوله يعطى حكم الموجود، ولهذه القاعدة صيغ مختلفة، منها: المتوقع هل يجعل كالواقع؟ وما قارب الشيء هل يعطى حكمه؟ وما قارب الشيء يأخذ حكمه، وهل الاعتبار بالحال أو بالمآل؟، والمشرف على الزوال هل يعطى حكم الزائل؟، وهل النظر إلى حال التعلق أو حال وجود الصفة؟ والنظر إلى المقصود أو إلى الموجود؟. ينظر: السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 178، ويدر الدين الزركشي، المنشور في القواعد، تحقيق: تيسير فائق أحمد محمود، وزارة الأوقاف الكويتية، ط 2، 1405هـ - 1985م، ج 3 ص 167، وأحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، وآخرون، دار الغرب الإسلامي، ط 1، 1994م، ج 5 ص 230، وأحمد بن يحيى الونشريسي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، تحقيق: أحمد بوطاهر الخطابي، طبع بالرباط سنة 1400هـ - 1980م، ص 86.

<sup>(4)</sup> ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج 5 ص 181.

الذريعة ومنع الحيل، وهذا عين ما عناه الشاطبي، حين حديثه عن تحقيق المناط الخاص، الذي اختلف مع العام لطوء عوارض عليه<sup>(1)</sup>.

### **المطلب السادس: مكونات النظر في المآلات**

يقصد بعناصر النظر في المآلات، هو ما يتشكل منه عمل المجتهد في تعامله مع النازلة، من حيث هي، وذلك أن موضوع مراعاة المآل، هو أفعال المكلفين والنتائج التي تنتج عنها، والحكم عليها بالمشروعية، أو عدمها.

ولقد اهتمت الشريعة الإسلامية بمصالح الناس في العاجل ولآجل، ودعت إلى مراعاتها، ورعاية المصالح، وهو منحى مطرد في كل الشريعة، باعتبار أن الشريعة موضوعة للتكليف بمقتضاها، ومن هنا كان خضوع جميع المكلفين إلى أحكامها، أمرا يجسد ملمح العدل فهي الحاكمة على جميع أفعال المكلفين<sup>(2)</sup>.

فكل فعل صادر من المكلف، له حكمه في الشريعة، من الوجوب أو الاستحباب أو الحرمة أو الكراهة أو الإباحة...؛ لأن مهمتها إخراج المكلف من داعي الهوى، إلى الامتثال لأوامر الله، ولتحديد عناصر النظر المآلي أهمية بالغة، وهو ما سنبينه في ما يلي<sup>(3)</sup>:

### **الفرع الأول: الفعل**

يقوم هذا الركن أساسا على مبدأ النية، والباعث، وأثره في استنباط الحكم، ذلك أن التصرفات التي تصدر من المكلف تابعة لنيته وقصده، وبذلك يكون مآل هذا الفعل، وهذا التصرف مرتبطا بهذه النية وهذا القصد.

كل تصرف من تصرفات المكلفين، يرتبط بحكم شرعي يناسبه، وقد قرر الأصوليون أن الحكم الشرعي هو: «خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين»<sup>(4)</sup>، «منع وإطلاقا وصحة وفسادا»<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج3 ص301.

(2) ينظر: يوسف بن عبد الله أحميتو، مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، ص108.

(3) ينظر: يوسف بن عبد الله أحميتو، مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، ص108.

(4) ينظر: الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، ج1 ص95.

(5) ينظر: أبو شجاع محمد بن علي، تقويم النظر في مسائل خلافة ذائعة، ونبد مذهبية نافعة، تحقيق: صالح بن ناصر بن صالح الخزيم مكتبة الرشد، السعودية، الرياض، ط1، 1422 هـ - 2001 م، ج2 ص387.

وهو ليس بصفة للأفعال وإنما هو عبارة عن خطاب الله فيها<sup>(1)</sup>.

الشرع لم يقصد أن يقوم المكلف بالفعل، دون نظر إلى ما يؤول إليه، بل المصلحة هي غايته وقصده، فإذا ناقض قصد المكلف قصد الشارع، فعمله في المناقضة باطل.

ومناقضة قصد الشارع إما أن تكون هي الغاية، من إقدام المكلف على الفعل، وإما يفضي فعله إلى مفسدة وإن لم يتحقق قصد المناقضة<sup>(2)</sup>، ولهذا قال الشاطبي: «النظر في مآلات الفعال مقصود شرعا»<sup>(3)</sup>، و المآل إما مصلحة تستجلب، وإما مفسدة تدفع، ولا بد من اعتبار السبب وهو مآل المسبب، وعلى هذا، سواء كان الفاعل قاصدا للإضرار، أو نتج عن فعله ضرر دون القصد إليه، فلا بد من اعتبار المآل ومراعاته، وذلك بالنظر إلى أن: «للسائل حكم مقاصدها»<sup>(4)</sup>.

كما لا ينبغي قصر مراعاة المآل هنا، على الإفضاء الضروري المقصود إليه، بل إنها تشمل كذلك ما يتعلق بمصلحة المكلف، وذلك أن الدليل الشرعي قد يقتضي المنع من فعل ما، لكن لعارض استثنائي يسمح بالإقدام عليه، ليتجنب المفسدة التي تنتج عن المنع العام من الفعل دون مراعاة للعوارض الاستثنائية<sup>(5)</sup>.

يقول العز بن عبد السلام: «اعلم أن الله شرع لعباده السعي في تحصيل مصالح عاجلة وآجلة تجمع كل قاعدة منها علة واحدة، ثم استثنى منها ما في ملابسته مشقة شديدة أو مفسدة تربي على تلك المصالح، وكذلك شرع لهم السعي في درء مفسد في الدارين أو في أحدهما تجمع كل قاعدة منها علة واحدة، ثم استثنى منها ما في اجتنابه مشقة شديدة أو مصلحة تربي على تلك المفسد، وكل ذلك رحمة بعباده ونظر لهم ورفق»<sup>(6)</sup>.

(1) ينظر: ابن العربي، المحصول في أصول الفقه، تحقيق: حسين علي البدري، دار البيارق، الأردن، 1420هـ، ص23.

(2) ينظر: السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، ص107.

(3) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج5 ص177.

(4) معنى القاعدة: هو أن الأفعال التي تؤدي إلى المقاصد يختلف حكمها باختلاف حكم المقاصد، ينظر: مصطفى مخدوم، قواعد الوسائل، ص223.

(5) ينظر: يوسف بن عبد الله أحميتو، مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، ص110.

(6) ينظر: العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج2 ص138.

هناك مستثنيات من القواعد الشرعية، لقيام عوارض طارئة يجب مراعاتها، وذلك حتى لا يؤدي التزام هذه القواعد، إلى تفويت مصالح أعظم من تلك التي يقصد الحفاظ عليها، أو إلى الوقوع في مفاسد أكبر من المصالح التي يراد استجلابها<sup>(1)</sup>.

ومن هنا كان الاستحسان، وفتح الذرائع، والترخيص، أهم القواعد العملية لمراعاة هذه العوارض الطارئة، وأكبر فائدة لهذه القواعد هو الالتفات إلى المصلحة والعدل.

### الفرع الثاني: الواقع

إن واقعية الإسلام تقتضي من أتباعه عموماً، وأهل العلم والاختصاص منهم خصوصاً، أن يعيشوا عصرهم ويعرفوا واقعهم، وأن يحسنوا الانتفاع من الجديد المفيد، وأن يحسنوا الإقناع بترك المفسد الوليد<sup>(2)</sup>.

«... ولا تتم سلامة تطبيقه إلا إذا كان ثمة تفهم واع للوقائع بمكوناتها وظروفها، وتبصر بما عسى أن يسفر عنه التطبيق من نتائج، لأنها الثمرة العملية المتوخاة من الاجتهاد التشريعي كله»<sup>(3)</sup>. هذا بيان لقيمة الواقع في نظر الفقيه المجتهد إلى مآلات الأفعال، إذ الواقع يلزم المجتهد مرعاته أثناء ممارسته للعملية الاجتهادية، وبدون النظر إلى ما يحيط بالفعل يكون عمله عبثاً، قال ابن القيم: «الواجب شيء والواقع شيء، والفقيه من يطبق بين الواقع والواجب»<sup>(4)</sup>.

إن مجرد المعرفة بالنصوص لا تكفي، كما لا تكفي المعرفة بالواقع، ومن هنا ينبغي التأكيد على أهمية الجمع بين فقه النصوص الشرعية، وفقه الأحوال الواقعية، حتى يمكن المجتهد تنزيل نصوص الشرع على الأحوال الواقعة، ومن المعلوم أن النصوص لا تتناول كل الصور والوقائع، ولكن مقاصدها وقواعدها، وأصول الاستنباط منها، تفي بالحاجات مهما كثرت، والمستجدات مهما تنوعت وتشابهت<sup>(5)</sup>.

<sup>(1)</sup> ينظر: يوسف بن عبد الله أحमितو، مبدأ اعتبار المال في البحث الفقهي، ص110.

<sup>(2)</sup> ينظر: يوسف بن عبد الله أحमितو، مبدأ اعتبار المال في البحث الفقهي، ص111.

<sup>(3)</sup> ينظر: فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3،

1434 هـ - 2013م، ص5.

<sup>(4)</sup> ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، ج4 ص220.

<sup>(5)</sup> ينظر: يوسف بن عبد الله أحमितو، مبدأ اعتبار المال في البحث الفقهي، ص111.



وفي القواعد والأصول من المرونة ما يحقق الغاية، والفتاوى تتغير بتغير أحوال الأشخاص والظروف والأعراف والعادات، والأصل في الأحكام الشرعية - غير أحكام العبادات - أنها مرتبطة بالحكم والمقاصد والغايات، وعلى المجتهد وهو ينظر في تنزيل الحكم أن ينظر إلى الواقع الذي ينزله عليه، والمراد هنا بالواقع ما يحيط بالإنسان والجماعة من أحوال وأفكار وقيم وطبائع، وهذا هو النوع ما يعرف بفقه الواقع<sup>(1)</sup>.

فدل ذلك على أن: «فقه المجتمع والواقع، يوازي فقه النص وإن فقه أبعاد التكليف قسيم فقه النص ومكمل له»<sup>(2)</sup>.

ولا يتوقف الأمر على المفتي، بل يسري على القاضي والسلطان كذلك، قال ابن القيم: «الحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الإمارات، ودلائل الحال، ومعرفة شواهد، وفي القرائن الحالية والمالية، كفقهاء في جزئيات وكليات الأحكام: أضاع حقوقا كثيرة على أصحابها، وحكم بما يعلم الناس بطلانه...»<sup>(3)</sup>.

إن الواقع الذي نتناوله الآن، وهو ما يعبر عنه الأصوليون بالمناط، والعوامل المؤثرة فيه هي المحل الذي يقع عليه، ويقسم إلى قسمين:

- نظر في الواقع ذاته.
- ونظر في ماله.

والسبب في هذا التقسيم، هو أن بعض الأفعال لا يتعدى تأثيرها إلى المال، بل هي قاصرة على الحال لا تتجاوزه، وهذه تعطى أحكامها بلا نظر إلى مآلاتها؛ لأنه لا ناتج عنها في الأصل، ومن الأفعال ما يخالف مآلها واقع الحال، وهذا لا بد من الحكم عليها من خلال مآلها<sup>(4)</sup>.

(1) ينظر: يوسف بن عبد الله أحميتو، مبدأ اعتبار المال في البحث الفقهي، ص111، و ابن القيم، إعلام الموقعين، ج2 ص87، 88.

(2) ينظر: أحمد بوعود، فقه الواقع أصول وضوابط، مكتبة مشكاة الإسلامية، ص31، الموقع الإلكتروني، <http://www.almeshkat.net> تاريخ زيارة الموقع (2014/7/15م).

(3) ينظر: محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية ابن القيم، الطرق الحكمية، تحقيق: نايف بن أحمد الحمد، مجمع الفقه الإسلامي بجددة، 1428هـ، ص14.

(4) ينظر: عبد الرحمان زايدي، الاجتهاد بتحقيق المناط وسلطانه في الفقه الإسلامي، ص196.

لابد من مراعاة حصول المقصد الشرعي، أو عدم حصوله من فقه أفراد الواقع، وذلك بدراسة طبيعة الوقائع في أحوال فاعليها، وفي علاقاتها مع غيرها من الأوضاع، وفي أحوالها الزمانية والمكانية<sup>(1)</sup>.

ومن هذا المنطلق توسع الفقهاء المتأخرون في تأليف الكتب في النوازل، وما جرى به العمل؛ لأن أكثر المستجدات المعروضة فيها، هي وقائع أعيان عرضت على القضاة والمفتين، فأصدروا فيها أحكاما ليس معتمدهم فيها دائما على النصوص المجردة، وإنما نظروا فيها إلى اعتبار واقع الناس والأحوال والمآلات<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث: النتيجة

إن النظر في مآل التطبيق، أصل معتبر شرعا لمساسه بأصل العدل والمصلحة المعتبرة، وهما أساس التشريع كله<sup>(3)</sup>، كما أن فعل المكلف الصادر عنه إما أن يقصد منه الضرر، وإما لا يقصده؛ لأن المجتهد لا يتعجل في إصدار الحكم على الشيء بالإذن أو المنع، ولا يبت فيه إلا بعد أن ينظر في التوابع والإضافات، والقرائن المحتفة بالفعل في الواقع، ثم يعتبرها بآثارها ومآلاتها في تحقيق المقصد الشرعي أو عدم تحقيقه<sup>(4)</sup>.

إن خصوصية الحكم رهينة بالنتيجة النهائية، قال الشاطبي: «... لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور آخر هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها، فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع فليس على وضع المشروعات»<sup>(5)</sup>.

إذن فعل المكلف لا يخرج عن أحد أمور ثلاثة:

- أن يكون قصد منه الإضرار ومناقضة الشارع، وهذا يعني تحقيق القصد الفاسد الذي ينخرم به المآل المشروع، ومن ثم يكون لنتيجة المناقضة لقصد الشارع بطلان الفعل، وتكون هي نفسها العلة

<sup>(1)</sup> ينظر: سعيد بيهي، التأصيل العلمي لمفهوم فقه الواقع، رسالة دكتوراة، بجامعة الحسن الثاني شعبة الدراسات الإسلامية (عين الشق) الدار البيضاء سنة 2002م، تخصص أصول الفقه، ص 363.

<sup>(2)</sup> ينظر: يوسف بن عبد الله أحميتو، مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، ص 113.

<sup>(3)</sup> ينظر: فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص 11.

<sup>(4)</sup> ينظر: السنوسي، اعتبار المآلات الأفعال ومراعاة نتائج التصرفات، ص 410.

<sup>(5)</sup> ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج 3 ص 120.

المقصدية للحكم المترتب عليها وهي الحرمة، على اعتبار أن من ابتغى في التكليف ما لم تشرع له فعمله باطل<sup>(1)</sup>.

- ألا يقصد المكلف من فعله الإضرار، ولا المناقضة لقصد الشارع، ولكن الفعل ترتب عليه ضرر، وحصلت عنه مناقضة، ومعنى هذا أن الفعل في أصله مشروع، ولكن الضرر والمناقضة سلبا عنه صفة المشروعية، ومما يعني ضرورة دوام التلازم بين صحة الغاية، وسلامة الوسيلة إليها، ومن هنا كانت قاعدة سد الذرائع، ومنع الحيل هي قواعد النظر في المآلات في مثل هذه النوازل<sup>(2)</sup>.

قال الشاطبي: « يكون العمل في الأصل مشروعا، لكن ينهى عنه لما يؤول إليه من المفسدة أو ممنوعا، لكن يترك النهي عنه لما في ذلك من المصلحة»<sup>(3)</sup>.

- أن يصدر من المكلف فعل الأصل فيه المنع، الحكم هاهنا هو أن يمنع المكلف من هذا الفعل مطلقا، لأن الدليل العام يقتضي ذلك<sup>(4)</sup>.

إن المجتهد إذا تشبث بأصل المنع، باعتبار أن الفعل فيه مناقضة لمقاصد الشريعة دون النظر إلى مآل التطبيق والتنزيل، فإنه بذلك يوقع المكلف في حرج وعنت، ومفسدة، ربما تكون أكبر من تلك التي قصد دفعها، بسبب إعمال الدليل على عمومته، وعدم مراعاة ما يؤول إليه تنزيل الحكم على الواقع<sup>(5)</sup>، يقول الشاطبي: « ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية»<sup>(6)</sup>.

من هنا يكون أصل الاستحسان، هو وسيلة تنزيل الحكم على الفعل؛ لأن تحقيق المناط ينجلي عنه أن إعمال دليل المنع العام، الواجب إذن هو العدول بها إلى تكييف استثنائي، يضمن المصلحة التطبيقية، التي اشتمل عليها الجانب النظري في خصوص ذلك المناط<sup>(7)</sup>.

(1) ينظر: السنوسي، اعتبار المآلات الأفعال ومراعاة نتائج التصرفات، ص 63.

(2) ينظر: يوسف بن عبد الله أحميتو، مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، ص 59.

(3) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج 5 ص 182.

(4) ينظر: السنوسي، اعتبار المآلات الأفعال ومراعاة نتائج التصرفات، ص 63.

(5) ينظر: يوسف بن عبد الله أحميتو، مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، ص 116.

(6) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج 5 ص 178.

(7) ينظر: السنوسي، اعتبار المآلات الأفعال ومراعاة نتائج التصرفات، ص 310.

خلاصة هذا المبحث، إن تحقيق المناط يعد من أهم مباحث أصول الفقه، في كيفية التوصل إلى معرفة العلة التي يتعلق بها الحكم، فإذا عرفت العلة الصحيحة التي أنيط بها الحكم سهل معرفة مآل الحكم الذي سيصدره القاضي أو المفتي.

فلا بد من التحقق من العلل وتهذيبها والوصول إلى الصواب منها؛ لأن الفقيه والمفتي وهو يصدر الحكم، لا يجوز له أن يخرج عن المقاصد التي وضعها الشارع الحكيم.

### المبحث الثالث: النظريات والقواعد الفقهية الأكثر صلة باعتبار المآل

لقد اتضح أن اعتبار المآل أصل مقصدي، ولما كان ذلك كذلك، فإنه معتبر في جزئيات النظريات الفقهية، بل له أثر فاعل فيها، كما أن هناك نظريات فقهية هي مجال مباشر لإعمال هذه القاعدة، وما يندرج تحتها وما له صلة بها، وهو ما سأبينه في هذا المبحث إن شاء الله، من خلال المطالب الآتية.

#### المطلب الأول: نظرية الباعث

تناول الفقهاء المسلمون مصطلح الباعث<sup>(1)</sup> بمعاني متعددة، جرت على ألسنة العلماء في كتبهم، كالتبعية والقصد والإخلاص، ولاحظوا معنى الباعث في كلامهم على العبادات والمعاملات من عقود وتصرفات، وأحلوه محله اللائق في أحكامهم، إذ أن تحري الدوافع النفسية التي تحرك إرادة المنشئ للتصرف والالتزام، أمر يتفق وروح الشريعة ومقاصدها ولا يناقضها.

#### الفرع الأول: الباعث عند علماء الشريعة

تناول علماء الشريعة الباعث في كتبهم كمصطلح منذ القدم، فتارة يستعملونه بلفظه، وأخرى بمعانيه، غير أنه ظهر جليا في كتب أهل القانون كمصطلح عام، خاصة في القانون الجنائي، هنا سأبين هذا المصطلح عند الفريقين، واذكر علاقته بالمآلات.

#### أولاً: الباعث عند الفقهاء

قد ذكره ابن القيم، وأنه أصل من أصول الدين وسماه « النية »<sup>(2)</sup>، وفي موضع آخر سماه باسمه عند كلامه عن أعمال العباد<sup>(3)</sup>.

(1) الباعث في اللغة: اسم مصدره البعث، وأصل البعث إثارة الشيء وتوجيهه، ويقصد به الحمل على فعل شيء، والإرسال والحياة بعد الموت، ويختلف البعث بحسب اختلاف ما علق به. ينظر: الفيومي، المصباح المنير، ص53، وابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج1 ص266 مادة (بعث)، وابن منظور، لسان العرب، ج2 ص108، مادة (بعث)، والانبعث: هو الإسراع في الطاعة للباعث، قال تعالى: ﴿ إِذِ انبَعَثَ أَشْقَىٰهَا ﴾ الآية 12، من سورة الشمس. ينظر: أبو بكر

محمد السجستاني، غريب القرآن، تحقيق: عبد الواحد حمزان، دار قتيبة، ط1، 1995م، ص116.

والباعث: اسم من أسماء الله الحسنى، فهو الذي يبعث الخلق بعد الموت يوم القيامة. وهذا المعنى بعيد عن موضوع البحث.

(2) ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج2 ص91، 92.

(3) ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، ج1 ص412.

ومن ثم الشاطبي في الموافقات قال: « قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصده في التشريع»<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: الباعث عند علماء الأصول

الباعث عند الأصوليين هو العلة، وهو مقصود الشارع من أجلها شرع الحكم، غير أنه لم يقيده بتعريف معين.

الباعث عندهم اسم من أسماء العلة، جاء في البحر المحيط: « للعلة أسماء في الاصطلاح وهي: السبب، والإشارة، والداعي، والمستدعي، والباعث، والحامل، والمناط، والدليل، والمقتضى، والموجب، والمؤثر، وزاد بعضهم: المعنى»<sup>(2)</sup>.

قال الآمدي: « إما أن تكون بمعنى الأمانة أو الباعث، والمختار أنه لا بد وأن تكون العلة في الأصل بمعنى الباعث، أي مشتملة على حكمة صالحة أن تكون مقصودة للشارع من شرع الحكم»<sup>(3)</sup>.

وفي المختصر: « من شروط علة الأصل أن تكون بمعنى الباعث، أي: مشتملة على حكمة مقصودة للشارع من شرع الحكم»<sup>(4)</sup>.

وخلاصة القول: أنه يمكن تفسير الباعث بالعلة، ولكن العلة التي تبعث المكلف على الامتثال، لا الباعثة للشرع على ذلك الحكم<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج2 ص331.

(2) ينظر: الزركشي، البحر المحيط، ج5 ص115.

(3) ينظر: الآمدي، الأحكام في أصول الأحكام، ج3 ص202.

(4) ينظر: السبكي، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1999م، ج4 ص174.

(5) ينظر: ابن النجار، شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير، ج4 ص14.

### الفرع الثاني: الباعث عند أهل القانون

إن علماء القانون الذين عرفوا الباعث من حيث تعلقه بالقانون الجنائي، أما في القانون المدني لم يشيروا إليه إلا نذرا يسيرا، وكذلك الأنظمة الوضعية التي تهتم بتحديد معناه، ولعله من أكثر المصطلحات القانونية تواريا عن أعين واضعي النصوص القانونية، وما ذلك إلا للغموض الذي يحيط بفكرة الباعث ذاتها.

### أولا: الباعث عند علماء القانون الجنائي

اتفق شراح القانون، فيما يتعلق بوظيفة الباعث وعلاقته بالإرادة، وإن اختلفت نظرتهم إلى طبيعته.

فمنهم من عرف الباعث ببيان طبيعته فوصفه بأنه: « المولد للقوة المحركة للإرادة»<sup>(1)</sup>.

ومنهم من عرفه ببيان دوره في العملية الإرادية، فالباعث عنده هو: « المنفعة أو العاطفة التي دفعت الفاعل إلى ارتكاب الجريمة»<sup>(2)</sup>.

من الملاحظ في التعريفين السابقين، أن الأول أكثر دقة من الثاني، فهو يتضمن تحديدا لطبيعة الباعث، ولا يقصرها على الجانب النفسي فقط.

### ثانيا: الباعث في القانون الجنائي

تعرضت بعض القوانين لتعريف مصطلح « الباعث»، ولكن تحت مسمى آخر وهو الدافع: فقد نصت المادة (191فقرة1) من قانون العقوبات السوري على أن: « الدافع هو العلة التي تحمل الفاعل على الفعل، أو الغاية القصوى التي يتوخاها»<sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> ينظر: محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات - القسم العام-، جامعة القاهرة، ط10، 1983م، ص421، وعلي حسن الشرفي، الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، الزهراء للإعلام العربي، 1986م، ص41.

<sup>(2)</sup> ينظر: عبد الوهاب حومد، شرح القانون الجزائي الكويتي، - القسم العام-، مطبوعات جامعة الكويت، ط2، 1975م ص103.

<sup>(3)</sup> قانون العقوبات السوري الصادر بالمرسوم التشريعي، رقم 148 لعام 1949م.

هذا التعريف نقله واضع القانون السوري حرفياً، عن قانون العقوبات اللبناني المادة (192)، وكذا فعل واضع القانون الأردني المادة (262)، والقانون اليمني المادة (367) من قانون العقوبات العسكري، أما القانون المصري فقد خلا من تنظيم خاص بالبائع<sup>(1)</sup>. إن تسمية القانون للبائع باسم الدافع، أمر غير دقيق، لأنه لا بد من التمييز بين المصطلحين من حيث الطبيعة والوظيفة، تماشياً مع المعنى النفسي.

### ثالثاً: البائع عند علماء القانون المدني

لم يفرق رجال القانون المدني بين الدافع والبائع، فهما اسمان لمسمى واحد، ولكن في اصطلاحهم يسمون البائع باسم «السبب الدافع» أو «سبب العقد» أو «السبب المصلحي»... هناك من عرفه بأنه: «وسيلة احتياطية، يقصد بها إبطال عقد يستهدف بوسائل مشروعة نتائج غير مشروعة»<sup>(2)</sup>، ويسميه بالسبب المصلحي.

من منطوق هذا التعريف أنه لم يبين طبيعة البائع، وإنما اقتصر على وظيفته ودوره في إبطال العقد دون غيره من التصرفات.

كما عرف البائع بأنه: «السبب هو البائع الدافع للعقد، لا مجرد الغرض المباشر المقصود من العقد، وهو أمر نفسي خارج عن العقد يتغير بتغير البواعث»<sup>(3)</sup>. في هذا التعريف ميز بين السبب القصدي، والسبب البائع على التعاقد، ومن ثم بين طبيعة البائع بأنه أمر نفسي.

### رابعاً: البائع في القانون المدني

ورد البائع تحت اسم السبب في القوانين الوضعية، ولم تهتم تلك القوانين بتحديد معناه، وتركت ذلك لشرح القانون، واقتصر على بيان دوره في إبطال الالتزام إذا لم يكن مشروعاً، أو مخالفاً للنظام العام، والآداب العامة، وإنه ركن من أركان الالتزام.

<sup>(1)</sup> ينظر: محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، ص 422.

<sup>(2)</sup> ينظر: عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، اعتناء: محمد الألفي، جامعة الكويت، ط 2، 1982م، ج 1 ص 423.

<sup>(3)</sup> ينظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 3، 1998م، ج 1 ص 515.



جاء في القانون المدني السوري في المادة (137)، وفي القانون المصري في المادة (136) في التقنين الجديد، وفي المادة (98) من القانون المدني الجزائري.

**الفرع الثالث: العلاقة بين نظرية الباعث ومبدأ اعتبار المآل**

في هذا الفرع سوف أبين العلاقة بين نظرية الباعث ومبدأ اعتبار المآل، هذه العلاقة تجد مستندها في أن مقاصد المكلفين هي مجال أعمال اعتبار المآل.

يقول الشاطبي: « المقصد الشرعي من وضع الشريعة إخراج المكلف عن داعية هواه، حتى يكون عبدا لله اختيارا، كما هو عبد لله اضطرارا»<sup>(1)</sup>.

إن الله لم يخلق العباد إلا للتعبد له، والامتثال لأمره ونهيه، ومن هنا فإن كل عمل اتبع فيه الهوى بإطلاق، بطلانه بإطلاق؛ لأنه خلاف الحق، ولأنه إذا اتبع وصار عادة أحدث في النفس ولها وأنسا به، حتى يسري في كل أعمالها، وإتباعه في الأحكام الشرعية مظنة؛ لأنه يحتال بها على أغراضه، ومن تتبع مآلات الهوى في الشرعيات، وجد من المفاسد كثيرا<sup>(2)</sup>.

فقصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل، موافقا لقصده في التشريع، إذ الشريعة موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والعموم، والمطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله، وأن لا يقصد خلاف ما يقصد الشارع<sup>(3)</sup>.

وبالنظر يتبين لنا أن مقصد المكلفين، هي بالأساس من أهم فروع المقاصد، التي يرتبط بها مبدأ مراعاة المآلات، والمقصود بمقاصد المكلفين الإرادة والباعث، الذي يجعل المكلف يتجه بما يصدر عنه إليه، إذ المقرر عقلا وشرعا أن مقاصد الشارع ليست عبثا، بل أنها تعد وسائل لتحقيق المصالح، على اعتبار « أن الشارع قاصد للمسببات في الأسباب، وإذا ثبت هذا لم يكن للناظر بد من اعتبار المسبب هو مآل السبب»<sup>(4)</sup>.

ومن ثم فإن كل فعل من أفعال المكلف، لا بد وأن يرتبط به حكم من الأحكام الشرعية سواء كان هذا الارتباط واقعا أو متوقعا<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج2 ص289.

(2) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج2 ص299.

(3) ينظر: يوسف بن عبد الله أحميتو، مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، ص126.

(4) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج5 ص179.

(5) ينظر: يوسف بن عبد الله أحميتو، مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، ص127.

وبما أن الفعل هو مادة النظر المآلي، فإن موافقة قصد الشارع، إما أن تكون هي غاية المكلف بإقدامه على الفعل، وإما أن يفضي فعله إلى مفسدة، وإن لم يتحقق قصد المناقضة، والمآل إما مصلحة تستجلب أو مفسدة تدرأ، فليس للمجتهد بد من اعتباره إذن<sup>(1)</sup>.  
على هذا يتأسس منهج الشرع في التعامل مع تصرفات المكلفين، وهو يقوم على فكرة غائية الشريعة ومعقوليتها، وهي مناط الحكم على التصرف بالصحة أو البطلان.  
إن هذا المنهج يترجم عمليا، إعمال مبدأ اعتبار المآل، وسواء في ذلك أن يكون المآل متحقق الوقوع، أو ظني الوقوع، أو كثير الوقوع، فمسلك اعتبار المآل فيه واحد<sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> ينظر: عبد الرحمان السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، ص 108.

<sup>(2)</sup> العلماء يقسمون المآلات إلى أربع أقسام: المآل المتحقق الوقوع، والمآل الظني الوقوع، والمآل الغالب الوقوع، والمآل النادر الوقوع، وهذا الأخير نادر الوقوع؛ لأن أفعال المكلفين قابلة للإفضاء إلى محرم في النادر، فلو اعتبرت لوقع الناس في حرج كبير. ينظر: السنوسي، اعتبار المآلات، ص 27-32.

### المطلب الثاني: نظرية التعسف في استعمال الحق

قسم علماء الشريعة الحقوق إلى ما هو حق العامة، وهو ما يتعلق به النفع العام للمجتمع، من غير اختصاص بأحد، كالانتفاع بالطريق العام، وهذا يثبت للناس جميعاً حق الانتفاع به. والحق الخاص، وهو ما تتعلق به مصلحة خاصة للفرد، كحقوقه في ملكه، وولده. وما دام التعسف<sup>(1)</sup>، في استعمال الحق<sup>(2)</sup>، شاملاً للقسمين يمكن إدماجهما في تعريف واحد نستخلصه من الاستعمالات المختلفة للفقهاء.

### الفرع الأول: معنى التعسف في استعمال الحق

انطلاقاً مما ورد حول طبيعة الحق في الفقه الإسلامي، من أنه ذو طبيعة مزدوجة يراعي الحق الفردي والجماعي، أي أنه يسعى إلى تحقيق المصلحة إلى كليهما، على وفق مبدأ الموازنة بينهما، وتحقيقاً لمبدأ العدل في جانب الحقوق وهو: « مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل »<sup>(3)</sup>.

(1) تعريف التعسف في اللغة: قال الخليل: العسف: ركوب الأمر من غير تدبير، وركوب مفازة بغير قصد، ينظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج4 ص 312. باب العين والسين وما يثلاثهما.

تعريف التعسف اصطلاحاً: بأنه: « مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل ». ينظر: فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص87.

(2) معنى الحق في اللغة: فقد بين الفيروز آبادي: « إن الحق يطلق في اللغة على المال والملك والموجود الثابت، ومعنى حق الأمر: وجب ووقع بلا شك »، القاموس المحيط، ص 874.

- معنى الحق في الاصطلاح الفقهي: فقد تعددت استعمالات الفقهاء للفظ الحق، أذكر أهمها فيما يلي:  
وقد عرف القابسي الحق بهذا المعنى بقوله: « وهو في عرف الشرع: عبارة عما يختص به الإنسان انتفاعاً وارتفاقاً، لا تصرفاً كاملاً: كطريق الدار، ومسيل الماء، والشرب، ومشاع الطريق، فإنه قد ينتفع بمسيل مائه على سطح جاره وبطريق داره، ولو أراد أن يتصرف بالتمليك فيه يبعاً أو هبة أو نحوهما لا يمكنه ذلك » ينظر: القابسي، الحاوي القدسي، تحقيق جمال الدين، صالح العلي، حولي دار النوادر، دمشق بيروت، ط1، 1432هـ-2011م، ص 15.

أما فقهاء الشافعية والمالكية والحنبلية والإمامية: فيطلقون على هذه العلاقة الشرعية التي تقوم بين الإنسان والشيء، بحيث لا تعطيه سلطة التصرف الكامل فيه، اختصاصاً أو حق الاختصاص. ينظر: عبد السلام العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية، مكتبة الأقصى، عمان، الأردن، ط1، 1379هـ-1977م، ج1 ص 160-168.

(3) ينظر: فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص87.

أو هو ما يثبت للإنسان استيفاؤه، سواء أكان عامًا أو خاصًا، وسواء أكان حقًا متعلقًا بالمال، كحق الملك في الأعيان، وحق الانتفاع بالعين، أم كان حقًا غير مالي، كحق الولاية للشخص على أولاده<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: حجية النظرية

لنظرية أدلة على اعتبارها في الكتاب والسنة، وعمل الصحابة رضي الله عنهم، وهذا ما سأبينه في العناصر الآتية.

### أولاً: أدلة النظرية من القرآن الكريم

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِيَ الرِّضْعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾<sup>(2)</sup>.

تدل هذه الآية أن الرضاع حق للأم، وذلك لكونها أحن وأرق على وليدها من الأجنبية، ويحذر الله تعالى كلا من الوالدين، أن يضار أحدهما الآخر بسبب الولد، فلا يحل للأم أن تمتنع عن إرضاع الولد إضراراً بأبيه، ولا يحل للأب أن ينزع الولد منها مع رغبتها في إرضاعه؛ ليغيظ أحدهما صاحبه بسبب الولد<sup>(3)</sup>.

كما لا يجوز في ذات الوقت التعسف من الأم، في استعمال حقها في الرضاعة، بأن تمتنع عن إرضاعه إضراراً بأبيه، بأن تطلب أكثر من أجر مثلها<sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> ينظر: فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص 86.

<sup>(2)</sup> الآية 233، من سورة البقرة.

<sup>(3)</sup> ينظر: الصابوني، روائع البيان تفسير آيات الأحكام، بيروت، مؤسسة مناهل العرفان، ط 3، 1980م، ج 1 ص 348.

<sup>(4)</sup> ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 3 ص 167، وابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، 1998م، ص 332.

وملخص الآية أنها تفيد وجوب حماية كل من الأب والأم، من أن يضر كلا منهما بالآخر؛ بسبب الولد، باستعمال هذا الحق كوسيلة إلى الإضرار، كما توجب حماية الولد أيضا من الإضرار به، وبذلك تعتبر الآية أصلا من أصول نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي<sup>(1)</sup>.

الدليل الثاني: قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾<sup>(2)</sup>.

روي في سبب نزول هذه الآية، أنه في الجاهلية لم يكن عندهم للطلاق عدد، وكانت العدة عندهم معلومة مقدرة، وكان هذا في أول الإسلام كذلك، يطلق الرجل امرأته ما شاء من الطلاق، فإذا كادت تحل من طلاقها راجعها، فقال: «رجل لامرأته على عهد النبي ﷺ، لا آويك ولا أدعك تحلين، قالت وكيف؟ قال: أطلقك فإذا دنا مضي عدتك راجعتك، فشكت المرأة ذلك إلى عائشة رضي الله عنها، ذكرت ذلك للنبي ﷺ، فنزل قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَيْنِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ

أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾<sup>(3)</sup>: بيان لعدد الطلاق<sup>(4)</sup>.

والمراد في الآية: «أي لا تراجعوهن بقصد إلحاق الضرر بهن، وإيدائهن بالحبس أو تطويل العدة، حتى يضطرن إلى الفدية ودفع المال لكم فهذا اعتداء عليهن»<sup>(5)</sup>. ومعنى هذا الكلام من ظهره، أن الله ﷻ ينهى عن الإضرار بالزوجة، من وراء استعمال حق مشروع للزوج يستتر به، وهو حق المراجعة.

وبناءً على قصد المضارة، فقد ذهب مالك، إلى أنه إذا علم قصد الزوج المضارة بزوجه باستعماله حق المراجعة، فإنه إذا طلقها مرة أخرى فإنها لا تستأنف عدة جديدة، وإنما تبني على ما

(1) ينظر: فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص96.

(2) الآية 231، من سورة البقرة.

(3) الآية 229، من سورة البقرة.

(4) ينظر: القرطبي، راجع الجامع لأحكام القرآن، ج3 ص126.

(5) ينظر: وهبة الزحيلي، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، دار الفكر، دمشق، ط1، 1991م، ج1 ص351، والطبري، جامع البيان في تأويل آي القرآن، جامع البيان في تأويل آي القرآن، مؤسسة الرسالة، ط1، 1420هـ - 2000م، ج5 ص897.

مضى من العدة السابقة، وذلك رداً لقصده السيئ، وإن لم يقصد بذلك استأنفت عدة جديدة، وذهب الشافعي في القديم، وأحمد في رواية، إلى أنها تبني مطلقاً، وقيل تستأنف مطلقاً، وهو هو ما ذهب إليه كثير من الفقهاء<sup>(1)</sup>.

وعليه نخلص أنه، إذا حاد به عن هذا المقصد، بأن اتخذه ذريعة للإضرار بالزوجة بأن لا يعاملها كزوجة بعد إرجاعها، ولا يطلقها ويفك بذلك عصمة الزوجية بينهما، ففي هذه الحالة عد تصرفه تعسفاً، وجب درؤه بأن ترفع أمرها إلى القاضي، وأن لا تستأنف عدة جديدة كما ذهب إليه مالك، وهذا معاملة له بنقيض قصده، فثبت أن هذه الآية أصل في التعسف<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: أدلة النظرية من السنة النبوية

الدليل الأول: ما رواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم: « لا ضرر ولا ضرار »<sup>(3)</sup>، فقد أرسى هذا الحديث بوجيز عبارته أصلاً من أصول الدين، وهو إبعاد الضرر بجميع وجوهه وصوره، يقول الشوكاني: « فإنه قاعدة من قواعد الدين، تشهد له الكليات و الجزئيات »<sup>(4)</sup>.

حيث أن ما جاء فيه مجملاً قد فصلته أحكام الشريعة، بما ثبت من نصوص من القرآن الكريم، أو من السنة أيضاً، كالنهي عن مضارة الأبوبن ببعضهما ببعض، في شأن الرضاعة، والنهي عن الإضرار في الرجعة، كما رأينا في مؤيدات النظرية من القرآن الكريم، فكل هذه الأحكام تعود علتها إلى الضرر المترتب عليها، لذا فهذا الحديث يعد أصلاً من أصول الدين<sup>(5)</sup>.

هذا الحديث، أصل تنبني عليه نظرية التعسف في استعمال الحق، ويؤكد هذا أن هذا الحديث أصلاً في الأحكام، التي تتعلق بحالات الضرر الناجمة عن استعمال الحقوق<sup>(6)</sup>.

(1) ينظر: ابن رجب، جامع العلوم والحكم، ص 331.

(2) ينظر: فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص 105.

(3) أخرجه الإمام مالك، الموطأ، رواية أبي مصعب الزهري المدني، حققه وعلّق عليه: ستار عواد معروف ومحمود محمد خليل، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط 2، 1993م، كتاب الأفضية، الباب الثامن، ج 2 ص 467، رقم الحديث (2895).

(4) ينظر: الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخبار، ج 5 ص 261.

(5) ينظر: ابن رجب، جامع العلوم والحكم، ص 331.

(6) ينظر: الشيخ عيسوي أحمد عيسوي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الخامسة، ص 68.

كما أشار إليه ابن رجب الحنبلي<sup>(1)</sup>، والشاطبي حيث أكد هذا بقوله: « فالأصل عصمة الإنسان عن الإضرار به وإيلامه»<sup>(2)</sup>.

ونخلص إلى أن هذا الحديث صريح - من جهة كون اللفظ مطلق - في إرساء نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، في معيارها المادي المبني على نفي الضرر الناشئ على الأفعال المشروعة والمباحة أصلاً، والتي يتحمل معناها الحديث من خلال إطلاق لفظ الضرر كما بينا<sup>(3)</sup>.

الدليل الثاني: روى أبو داود<sup>(4)</sup>، في سننه أن: « كان لسمرة بن جندب رضي الله عنه عضد في حائط بستان رجل من الأنصار، ومع الرجل أهله فكان سمرة رضي الله عنه يدخل إلى نخله فيتأذى به الرجل ويشق عليه فشكا ذلك الأنصاري إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال الرسول صلى الله عليه وسلم لسمرة رضي الله عنه: بعه، فأبى، قال: فاقلعه، فأبى، قال: فهبه ولك مثلها في الجنة، فأبى، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنت مضار، ثم قال لصاحب الحائط:

اذهب فاقلع نخله»<sup>(5)</sup>.

ففي هذا الحديث دلالة جلية، واضحة في منع استعمال الحق الخاص، إذا ما ترتب عليه ضرر للغير، حيث أن سمرة رضي الله عنه كان يستعمل حقه في الوصول إلى نخله، وكان في استعماله ما يؤدي

(1) ابن رجب: هو الإمام الحافظ المحدث الفقيه زين الدين عبد الرحمان بن أحمد بن رجب، البغدادي ثم الدمشقي الحنبلي، توفي سنة 795هـ، صنف شرح الترمذي وشرح علل الترمذي، وله كتاب جامع العلوم والحكم، ينظر: الذهبي، تذكرة الحفاظ، تحقيق: عبد الرحمن بن يحيى المعلمي، دائرة المعارف العثمانية، 1374هـ، ج5 ص367، وجلال الدين السيوطي، طبقات الحفاظ، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1983م، ص 540 .

(2) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج2 ص62.

(3) ينظر: الشيخ عيسوي أحمد عيسوي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص 68.

(4) أبو داود: هو الإمام سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد الأزدي السجستاني أبو داود صاحب السنن وغيرها، توفي سنة 275هـ. ينظر: ابن خلكان، وفيات الأعيان، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، 1972م، ج2 ص238.

(5) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأقضية، باب من القضاء، رقم الحديث (3636) ج3 ص1573، والبيهقي في سننه، كتاب إحياء الموات، باب من قضى فيما بين الناس، ج6 ص157، وقال الألباني: إسناده ضعيف، ضعيف أبو داود، رقم الحديث (361)، أخرجه أبو داود، سنن أبو داود، كتاب الأقضية، باب من القضاء، بيروت، دار الجيل، ط1، 1992م، ج3 ص314، رقم الحديث (3636).

الأنصاري صاحب البستان، حيث منعه الرسول ﷺ بأمره قلع نخله، وذلك بعد أن صار إلى التوفيق في الأمر عن طريق المعارضة المادية، والترغيب في الثواب الأخروي، ليصل إلى حسم الضرر حسماً مادياً، بعد أن لم تجد السبل التوفيقية<sup>(1)</sup>.

وعليه فلا يقبل القول بأن سمرة ﷺ قد تصرف في ملكه بإطلاق، دون النظر إلى ما يترتب عليه من الأضرار اللاحقة بالغير<sup>(2)</sup>.

و نخلص من هذا إلى أن الحديث دليل بين أن الحق الفردي لا يشرع استعماله - سلباً أو إيجاباً - إذا لزم عنه ضرر راجح بالغير، ولو كان لصاحبه غرض صحيح في هذا التصرف، ويمنع من ذلك فضلاً عن أنه يؤثم إذا قصد الإضرار<sup>(3)</sup>.

### ثالثاً: أدلة النظرية في فقه الصحابة

الدليل الأول: روى مالك، عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه الضحاك ﷺ: « ساق خليجا له من العريض فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبى محمد، فقال الضحاك: لم تمنعني وهو لك منفعة؟ تشرب به أولاً وأخراً لا يضرك، فأبى محمد، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب ﷺ، فدعا عمر محمد بن سلمة، فأمره أن يخلي سبيله، فقال محمد: لا، فقال عمر: والله ليمرن به ولو على بطنك، فأمره عمر ﷺ أن يمر به، ففعل الضحاك»<sup>(4)</sup>.

دل قضاء عمر ﷺ بمرور الماء على أرض محمد بن مسلمة، ولو جبراً ثبوت حق الارتفاق لأصحاب الأراضي المتجاورة، بعضهم قبل بعض، كحق إمرار الماء في أرض الغير، أو حق العبور من خلالها واتخاذ طريق فيها، وإذا امتنع صاحب الأرض التي يراد الارتفاق بملكه اعتبر تعسفاً في استعمال حقه، ويجبر على التمكين ما لم يلحقه ضرر بين<sup>(5)</sup>.

وقضاء عمر ﷺ في هذه الواقعة هو من باب ما قضى به الرسول ﷺ في قضية سمرة بن جندب ﷺ، المبني على الموازنة بين المصالح، عند تعارضها، مادام أنه لم يترتب عليها أي ضرر،

(1) ينظر: ابن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1992م، ص142.

(2) ينظر: ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، ص320.

(3) ينظر: فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص153.

(4) ينظر: أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، المنتقى شرح الموطأ، دار السعادة، ط1، 1332هـ، ج6 ص45.

(5) ينظر: فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص164.



ولما في ذلك من تعاون وتكافل، ليقرر بذلك عمر رضي الله عنه بهذا القضاء أن حرية التصرف في الملك - سلبا أو إيجابا - المكفول شرعا لصاحبه مقيدا بأن لا يترتب عليه أي ضرر للغير<sup>(1)</sup>.

الدليل الثاني: اجتهاد عمر رضي الله عنه، في مسألة الزواج بالكتابات، أنه بعد أن انتصر المسلمون على الفرس في موقعة القادسية، لم يجد رجالهم نساء مسلمات، كافيات للزواج منهن في تلك البلاد الفارسية، فأرغمتهم الضرورة على الزواج من نساء كتابيات، وبعد حين كثرت النساء المسلمات، وزالت تلك الضرورة، فبعث عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى حذيفة بن اليمان رضي الله عنه، الذي كان واليا على المدائن في بلاد العجم رسالة يقول فيها: «**بلغني أنك تزوجت امرأة من أهل المدائن من أهل الكتاب، وذلك** مالا أرضاه لك، فطلقها ولا تبقيها في عصمتك». فكتب إليه حذيفة رضي الله عنه: أحلال هذا الزواج أم حرام؟، ولماذا تأمرني بطلاق هذه المرأة الكتابية، لن أطلقها حتى تخبرني، فكتب إليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه: هذا الزواج حلال، ولكن في نساء الأعاجم خلافة فإن أقبلتم عليهن غلبنكم على نسائكم<sup>(2)</sup>.

لقد منع عمر رضي الله عنه الصحابة من التزوج بالكتابات، رغم أنه أمر أحله الله تعالى في كتابه بقوله:

﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أَتَوْا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ﴾<sup>(3)</sup>.

وذلك درءا لمفسدة عظمى عامة، تمس النساء ببقائهن بلا زواج، جراء إقبال المسلمين على الزواج من الكتابيات، ومما ذكر من تعليل لاجتهاده رضي الله عنه، أنه كان لدفع مفسدة عظمى، تترتب على هذا المباح، فمنعه حماية للصالح العام، بإبعاد نواب الخليفة عن خداع الأجنيبات لهم، أو إبعاد وقوع الفتنة بين المسلمات اللواتي يكثر عددهن، وينصرف رجال المسلمين عنهن لجمال الكتابيات، وكلاهما ضار بالمصلحة العامة<sup>(4)</sup>.

(1) ينظر: فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص 165.

(2) ينظر: محمد بن جرير الطبري، تاريخ الطبري، بيروت، دار الكتب العلمية، ط 3، 1991م، ج 6 ص 437.

(3) الآية 6، من سورة المائدة.

(4) ينظر: مصطفى شليبي، تعليل الأحكام، بيروت، دار النهضة العربية، 1981م، ص 43.

حكم عمر رضي الله عنه الذي قضى به لا يعد اجتهادا في مورد نص، وتعطيل حكم شرعي مباح، وإنما اجتهاد على أساس النظر في مآلات الأفعال، مما يجعل حكمه وقضائه في هذه المسألة، يمثل الفقه العميق، لمقصد الشارع من تشريع الحق، وذلك بمنع الفعل على ضوء من مآله، إلى موافقة قصد الشارع أو من أفضيته إياه<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث: التكيف القانوني لفكرة التعسف

يرى أهل القانون، أن التعسف في أساسه يقوم على فكرة الخطأ، أي أنه داخل في دائرة المسؤولية التقصيرية، على اختلاف بين أصحاب هذه الرؤيا إلى اتجاهين في تبرير ذلك. الاتجاه الأول خلط بين فكرة التعسف في استعمال الحق، وبين فكرة مجاوزة الحق أو الخروج عن الحق.

وقد تزعم هذا الرأي والاتجاه الفقيه الفرنسي (بلانيول)، ومنطقه في ذلك أن الحق ينتهي حين يبدأ التعسف، وذلك لكون الفعل لا يتصور أن يكون في آن واحد، موافقا لقانون ومخالفا له، فالتعسف ليس إلا تجاوزا لحدود الحق<sup>(2)</sup>.

وقد رد عليه بأن استعمال حق معين، قد لا يخرج عن حدود الموضوعية لكن يتناقض مع المبادئ العامة للقانون، لما ينطوي عليه من قصد الإضرار بالغير، أو لما فيه من استعمال الحق دون وجه مصلحة<sup>(3)</sup>.

وعلى هذا النحو يتميز التعسف، عن فكرة مجاوزة الحق أو الخروج عنه، والذي حقيقته تجاوز حدود مضمون الحق، فلا يعد في ذاته مشروعا، فالفرق بينهما ظاهر في كون التعسف في الحق، معيب في غرضه أو نتيجه، والخروج عن الحق، معيب في ذاته وأصله بكونه غير مشروع<sup>(4)</sup>. وذهب الاتجاه الثاني إلى أن التعسف في استعمال الحق خطأ تقصيري، فإذا قصد الشخص بتصرفه واستعماله لحقه الإضرار بالغير، كان مخطئا خطأ تقصيريا، وإذا ما استعمله بإهمال أو عدم تبصر، كان مخطئا خطأ شبه تقصيري، على اعتبار أن الشخص العادي يتصرف في حقه تصرفا

(1) ينظر: فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص 169.

(2) ينظر: حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ص 758، 759.

(3) ينظر: عبد الناصر توفيق العطار، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ط 2، ص 544.

(4) ينظر: حسن كيرة، المدخل إلى القانون، المدخل إلى القانون، ص 760.

بانتباه وحرص، على أن لا يحد عن الغرض المشروع من أجله الحق، وإلا كان منحرفاً مخطئاً والخطأ يعتبر ركن من أركان المسؤولية التقصيرية<sup>(1)</sup>.

ويرد على هذا الاتجاه، بنفس ما يرد به على أصحاب الاتجاه الأول من أن صاحب الحق، ذو مركز ممتاز بالنسبة لغيره، أعطاه له القانون على محل معين، يخوله سلطة استثنائية دون غيره، فالحكم على التصرف بالتعسف، يستوجب التأكد من أن هذه السلطة سوف تستخدم لتحقيق الغرض، والمقصد المشروع من أجله الحق، أو لمناقضتها، لا وفق فكرة الحيطة أو الحذر، واليقظة العامة عند التصرف، أي أن التعسف يوجد حتى ولو لم تتوافر له مقومات الخطأ<sup>(2)</sup>.

كما ظهر هناك اتجاه فقهي وكيف التعسف، على أنه خطأ من نوع خاص، باعتباره خروج عن روح الحق وغايته الاجتماعية، فهو خطأ اجتماعي ضد المصلحة العامة، أو ضد الشرف والأخلاق<sup>(3)</sup>.

ويذهب البعض من فقهاء القانون، إلى القول باستقلال مبدأ التعسف في استعمال الحق، عن عنصر الخطأ استقلالاً تاماً، لأن التعسف في استعمال الحق يتحقق بتحريف الحق عن غايته، ومقصده المشروع من أجله، مما يجعل فكرة التعسف ملازمة لفكرة الحق ومكملة له وتعمل كدور وقائي<sup>(4)</sup>.

### الفرع الرابع: علاقة النظرية بمراعاة المآل

إن نظرية التعسف في استعمال الحق، لا تخرج عن قواعد المقاصد والوسائل، والدليل على هذا أن الحق ليس هو المصلحة، بل المصلحة هي المقصد، والحق هو وسيلة تحقيقه، فمتى سقط المقصد سقطت معه وسيلته ولم تعتبر<sup>(5)</sup>. «فإن المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد، فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولف بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة»<sup>(6)</sup>.

<sup>(1)</sup> ينظر: توفيق العطار، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، ص 545.

<sup>(2)</sup> ينظر: حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ص 762.

<sup>(3)</sup> ينظر: توفيق العطار، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، ص 545.

<sup>(4)</sup> ينظر: حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ص 766، 767.

<sup>(5)</sup> ينظر: يوسف بن عبد الله أحميتو، مبدأ مراعاة المآل في البحث الفقهي، ص 147.

<sup>(6)</sup> ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج 3 ص 28.

وبذلك يتقرر أن نظرية التعسف في استعمال الحق، تقوم على اتجاهين<sup>(1)</sup>:

**الاتجاه الأول**، وهو يقوم على عنصرين:

- تقييده للحق الفردي بتعليق صفة المشروعية على أفعال المكلفين، بمدى تحقيقها لمقاصد الشريعة، وذلك باعتبار أن الحقوق في الشريعة، لا تعدو أن تكون وسائل إلى غايات توخاها الشارع من وضع الأسباب والأحكام، فإذا انحرفت الوسائل عن غاياتها فقدت مشروعيتها<sup>(2)</sup>.

- توجيه استعمال الحق الفردي، من منطلق الحرص على إفضاء الوسائل إلى ما أنيطت به من

المقاصد، فلا بد عند النظر في مآل ممارسة الحق المشروع من مراعاة أمرين والاحتياط لهما<sup>(3)</sup>:

أ- أن يكون القصد الفاسد، هو الباعث على الفعل المأذون فيه شرعا، وتحقق إرادة الإضرار وتثبت من خلال قرائن الأحوال، فلا إشكال هنا في أنه يمنع صاحب الحق من حقه، مراعاة للمآل.

ب- أن ينتج عن الفعل ضرر مع انتفاء نية الإضرار والقصد إليه، فهنا لا اعتبار لعدم القصد، بل يجب درء التعسف في الفعل، ورفع أثره ما دام قائما<sup>(4)</sup>.

**الاتجاه الثاني**، في هذه المرحلة، تتدخل قواعد الضمان وتعويض الضرر، إذا تعذرت إزالة الضرر دون حصول مفسدة، وذلك سواء نتج الضرر عن تسبب أو مباشرة الحق، لأن النتيجة في النهاية واحدة وهي مآل الفعل إلى ضرر<sup>(5)</sup>.

من كل ما سبق نستنتج أن نظرية التعسف في استعمال الحق، وثيقة الصلة بمبدأ مراعاة المآل، وذلك بالنظر إلى القواعد والأصول التي تأسس عليها هذا المبدأ، حيث إذا قصر العامل

<sup>(1)</sup> يقوم الاجتهادي على مسلكين الأول: منع وقوع المآلات الممنوعة، والثاني: الابتعاد عن المفاصد، أشار إلى هذ عبد الرحمن السنوسي، اعتبار المآل ومراعاة نتائج التصرفات، ص 362-372.

<sup>(2)</sup> ينظر: السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتيجة التصرفات، ص 368، يوسف بن عبد الله أحميتو، مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، ص 147.

<sup>(3)</sup> ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج 3 ص 55، والسنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتيجة التصرفات، ص 368، وما بعدها، ومحمد رياض، التعسف في استعمال الحق على ضوء المذهب المالكي والقانون المغربي، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، 1992م، ص 146 وما بعدها.

<sup>(4)</sup> ينظر: يوسف بن عبد الله أحميتو، مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، ص 147.

<sup>(5)</sup> ينظر: السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتيجة التصرفات، ص 372.

النفسي في نية إحداث الضرر، جاء المعيار الموضوعي، المبني على حدوث الضرر بغض النظر عن نية إحداثه، ومنه تنطلق الموازنة بين المصلحة والضرر وبين المقارنة بين الأضرار<sup>(1)</sup>.

ويمكن زيادة في التوضيح بيان العلاقة بين اعتبار المآل، ونظرية التعسف في استعمال الحق، من خلال بيان العلاقة بين قاعدتي سد الذريعة والحيل ومبدأ اعتبار المآل فيما هو آت.

### **المطلب الرابع: نظرية الاحتياط**

لقد اعتبر الاحتياط والعمل به في كتب الفقه، وإن اختلف في درجة الأخذ به من طرف الفقهاء، وهذا ما سأليناه في العناصر الآتية.

### **الفرع الأول: معنى الاحتياط**

اختلفت عبارات العلماء في تعريف الاحتياط<sup>(2)</sup>، والكشف عن ما هيته؛ والسبب في ذلك: هو أن أكثر من عني منهم بالحديث عن الاحتياط لم يقصد تعريفه استقلالاً؛ وإنما أشار إليه إشارة في معرض التوجيه والتعليل، أو في معرض المناقشة والاعتراض؛ ولذلك جاءت تعريفاتهم متباينة تبايناً ملحوظاً، وسارت في اتجاهات مختلفة<sup>(3)</sup>.

البعض راعى في تعريفه معنى التردد والشك، وهو السبب المؤدي إلى العمل بالاحتياط، والبعض راعى معنى التحفظ والتحرز، من الوقوع في المحذور، وهو الأثر المتبغى من العمل بالاحتياط، والبعض راعى المعنيين معاً، وفيما يأتي ذكر لأهم التعريفات التي من شأنها أن تحدد حقيقة هذا المصطلح وتكشف عن ما هيته، مصنفة وفق ذلك التباين المذكور<sup>(4)</sup>.

### **الاتجاه الأول:**

وهو يمثل التعريفات التي روعى فيها معنى التردد والشك، ومن أبرزها.

(1) ينظر: يوسف بن عبد الله أحميتو، مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، ص148.

(2) تعريف الاحتياط لغة: افتعال من احتاط، وأصل اشتقاقه من الثلاثي حوط، والحوط هو حَفِظَهُ وتَعَهَّدَهُ، ويطلق على الجدار حقيقة؛ لأنه يحوط ما فيه، وعلى البستان من النخيل ونحوه مجازاً. ينظر: الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص856.

وهذه المعاني كلها ترجع إلى معنى واحد؛ وهو الإحاطة المعنوية بالشيء، والأخير منها أقربها لموضوع البحث.

(3) ينظر: محمد عمر سماعي، نظرية الاحتياط الفقهي، دار ابن حزم، ط1، 2007م، ص16.

(4) ينظر: محمد عمر سماعي، نظرية الاحتياط الفقهي، ص16.

- تعريف الكفوي، وهو « فعل ما يتمكن به من إزالة الشك »<sup>(1)</sup>، ومن أهم ما يلاحظ على هذا التعريف أنه أطلق الشك، ولم يقيده بالمقصود منه، فلا يكون التعريف بهذا الاعتبار مانعاً من دخول غيره فيه<sup>(2)</sup>.

- تعريف ابن عبد السلام، وهو: «ترك ما يريب المكلف إلى مالا يريبه»<sup>(3)</sup>، ويؤخذ على هذا التعريف نحو مما أخذ على سابقه، وذلك لأن الريب مرادف للشك، وقد وضح أن رفعه، ليس متوقفاً على معنى الاحتياط للحكم، فقد يحصل بأكثر من مسلك اجتهادي<sup>(4)</sup>.

### الاتجاه الثاني:

وهو يمثل التعريفات، التي روعي فيها معنى التحفظ والتحرز، ومن أبرزها:

- منها: هو «حفظ النفس عن الوقوع في المآثم»<sup>(5)</sup>، ويلاحظ عليه، أنه قصر المقصود من العمل بالاحتياط، على حفظ النفس عن الوقوع في المآثم. مع أن الاحتياط لأموال الديانة قد سلك لتحصيل فضل عمل مندوب إليه، أو لاتقاء معرفة فعل مكروه<sup>(6)</sup>.

- وفي المصباح المنير: وهو «فعل ما هو أجمع لأصول الأحكام، وأبعد عن شوائب التأويلات»<sup>(7)</sup>، ويلاحظ على هذا التعريف العموم، فإن فعل ما هو أجمع لأصول الأحكام، ليس مما يتميز به الاحتياط عن غيره من سائر المسالك التشريعية، بل كل منها لا يخرج عن ذلك المعنى<sup>(8)</sup>، ويضاف إلى ذلك: أن جل موارد الاحتياط في فروع الأحكام، لا في أصولها<sup>(9)</sup>.

<sup>(1)</sup> ينظر: الكفوي، الكليات، ص70، زين الدين محمد المناوي، التعاريف، دار الفكر المعاصر، دار الفكر، بيروت، دمشق، ط1، 1410هـ، ص39.

<sup>(2)</sup> ينظر: منيب شاكر، العمل بالاحتياط في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الرياض، ط1، 1418هـ-1998م، ص46.

<sup>(3)</sup> ينظر: العز ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج2 ص61.

<sup>(4)</sup> ينظر: محمد عمر سماعي، نظرية الاحتياط الفقهي، ص17.

<sup>(5)</sup> ينظر: الجرجاني، التعريفات، ص26.

<sup>(6)</sup> ينظر: محمد عمر سماعي، نظرية الاحتياط الفقهي، ص18.

<sup>(7)</sup> ينظر: الفيومي، المصباح المنير، ص60.

<sup>(8)</sup> ينظر: منيب بن محمود شاكر، العمل بالاحتياط في الفقه الإسلامي، ص45.

<sup>(9)</sup> ينظر: صالح بن عبد الله ابن حميد، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ضوابطه وتطبيقاته، رسالة دكتوراة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، السنة الجامعية: 1401هـ-1981م، ص331.

### الاتجاه الثالث:

وهو يمثل التعريفات، التي روعي فيها المعنيان معاً، ومن أبرز هذه التعريفات:  
- تعريف ابن تيمية: وهو «إتقان ما يخاف أن يكون سبباً للذم والعذاب عند عدم المعارض الراجح»<sup>(1)</sup>.

التعريف المختار من جملة التعاريف.

هو: « وظيفة شرعية تحول دون مخالفة أمر الشارع عند العجز عن معرفة حكمه»<sup>(2)</sup>.  
هنا جعل الاحتياط وظيفة، وهي عامة، وجعلها شرعية، ليخرج الرأي والظن، وكل ما يخالف الشرع، وقصرها على حالة العجز، عن معرفة الحكم، خاصة في المحال التي يشرع فيها العمل بالاحتياط<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثاني: حجية الاحتياط

إن لنظرية الاحتياط، اعتبار في القرآن الكريم، والسنة النبوية، وفي عمل الصحابة، كما أن الاحتياط، من شيم العقلاء وقد راعوه في تصرفاتهم وفتاويهم، وهو ما سنراه في العناصر الآتية.

### أولاً: أدلة النظرية من القرآن الكريم

قد دل على مشروعيته وحجيته، وتسويغ العمل به أدلة كثيرة منها:

- قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَفُوتُوا رَاعِنَا وَفُوتُوا ۖ نَنْظُرْنَا وَاسْمَعُوا ۖ وَلِلْجَاهِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾<sup>(4)</sup>.

لما كان قول ﴿رَاعِنَا﴾ يقصد به السب والشتم، عند اليهود، نهى الله ﷻ عن التلفظ به احتياطاً، لئلا يتوصل به إلى سبه، قال القرطبي: « في هذه الآية دليل على تجنب الألفاظ المحتملة التي

(1) ينظر: ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج30 ص138.

(2) ينظر: محمد عمر سماعي، نظرية الاحتياط، ص20. وابن قيم الجوزية، الروح، تحقيق: محمد اسكندر يلدا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1402هـ - 1982م، ص256.

(3) ينظر: محمد عمر سماعي، نظرية الاحتياط، ص20.

(4) الآية 104، من سورة البقرة.

فيها التعريض للنقيض والغض»<sup>(1)</sup>.

– قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا بِجَتْنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ  
الظَّنِّ إِثْمٌ﴾<sup>(2)</sup>.

وفي تفسير مفاتيح الغيب: « وقد عضدت القول بها – أي قاعدة الاحتياط – بقوله تعالى:  
﴿بِجَتْنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ﴾<sup>(3)</sup>، وهو استئناس حسن ذكرته  
لأبي أيده الله فأعجبه»<sup>(4)</sup>، وفي موضع آخر دلائل الاحتياط الجملي كثيرة<sup>(5)</sup>.

– قوله ﷻ: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ  
عِلْمٍ﴾<sup>(6)</sup>.

وصريح هذه الآية يعتبر أساساً من الأسس التي يقوم عليها المسلك الاحتياطي في الشريعة  
الاسلامية.

وفي الأحكام: « فمنع الله تعالى في كتابه أحداً، أن يفعل فعلاً جائزاً يؤدي إلى محذور؛  
ولأجل هذا تعلق علماءنا بهذه الآية في سد الذرائع، وهو كل عقد جائز في الظاهر يؤول أو يمكن  
أن يتوصل به إلى محذور ..، وهذا يدل على أن للمحقق أن يكف عن حق يكون له، إذا أدى ذلك  
إلى ضرر يكون في الدين»<sup>(7)</sup>.

(1) ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 2 ص 56 .

(2) الآية 12، من سورة الحجرات.

(3) الآية 12، من سورة الحجرات.

(4) ينظر: السبكي، تقي الدين، الإبهاج في شرح المنهاج، ج 3 ص 190.

(5) ينظر: فخر الدين الرازي، مفاتيح الغيب، ج 28 ص 134.

(6) الآية 109، سورة الأنعام.

(7) ينظر: ابن العربي، أحكام القرآن، ج 3 ص 265.



### ثانياً: أدلة النظرية من السنة النبوية

– أن النبي ﷺ قال: « إِنَّ الْحَلَالَ بَيْنَ وَإِنَّ الْحَرَامَ بَيْنَ وَبَيْنَهُمَا أُمُورٌ مُشْتَبِهَاتٌ لَا يَعْلَمُهُنَّ كَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ، فَمَنْ اتَّقَى الشُّبُهَاتِ فَقَدْ اسْتَبْرَأَ لِدِينِهِ وَعِرْضِهِ، وَمَنْ وَقَعَ فِي الشُّبُهَاتِ وَقَعَ فِي الْحَرَامِ كَالزَّرَاعِي يَرْعَى حَوْلَ الْحِمَى يُوشِكُ أَنْ يَقَعَ فِيهِ. أَلَا وَإِنَّ لِكُلِّ مَلِكٍ حِمَى. أَلَا وَإِنَّ حِمَى اللَّهِ مَحَارِمُهُ، أَلَا وَإِنَّ فِي الْجَسَدِ مُضْغَةً إِذَا صَلَحَتْ صَلَحَ الْجَسَدُ كُلُّهُ وَإِذَا فَسَدَتْ فَسَدَ الْجَسَدُ كُلُّهُ أَلَا وَهِيَ الْقَلْبُ»<sup>(1)</sup>.

جاء في كتاب شرح السنة: « هذا الحديث أصل في الورع، وهو أن ما اشتبه على الرجل أمره في التحليل والتحريم، ولا يعرف له أصل، فالورع أن يجتنبه ويتركه، فإنه إذا لم يجتنبه، واستمر عليه، واعتاده جره ذلك إلى الوقوع في الحرام»<sup>(2)</sup>.

– ما رواه الترمذي والنسائي، عن الحسن بن علي رضي الله عنه، أنه قال: حفظت من رسول الله ﷺ: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»<sup>(3)</sup>.

فقد أمر النبي ﷺ باجتنب ما يرتاب المكلف في أمره، وتضطرب نفسه بشأنه، والاستعاضة عنه بما هو حلال خالص، وبذلك يكون النبي ﷺ قد رسم أمام المتورعين منهجاً يتعاملون به مع كل ما يشكل عليهم، وهو: «أن الشيء إذا أشكل على المكلف، ولم يتبين له أنه من أي القبيلين هو، فليتأمل فيه إن كان من أهل الاجتهاد، وليسأل إن كان من المقلدين فإن وجد ما تسكن إليه نفسه، ويطمئن به قلبه وينشرح به صدره فليأخذ به، وليختره لنفسه، وإلا فليدعه، وليأخذ بما لا شبهة فيه ولا ريبة، هذا طريق الورع والاحتياط»<sup>(4)</sup>.

(1) أخرجه البخاري كتاب: الإيمان، باب: فضل من استبرأ لدينه، رقم الحديث (52)، ج1ص19، ومسلم، كتاب

المساقاة، باب: أخذ الحلال وترك الشبهات، ج3ص1221، رقم الحديث (1599).

(2) ينظر: البغوي، شرح السنة، ج8ص13.

(3) الترمذي، كتاب صفة القيامة والرفائق والورع باب (60)، ج4ص668، رقم الحديث (2518)، قال الترمذي: حديث

حسن صحيح، الألباني، صحيح الجامع الصغير، ج1ص637، رقم الحديث (3378).

(4) ينظر: الطيبي شرف الدين، الكاشف عن حقائق السنن، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، مكتبة نزار مصطفى الباز مكة

المكرمة، الرياض، ط1، 1417هـ – 1997م، ج6ص21.

ولعل في ذلك إشارة لأهمية الأخذ بالاحتياط، في كل ما قد يشكل حكمه، ويلتبس أمره على المكلف في واقع حياته<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً: أدلة النظرية من فقه الصحابة

يقول الشاطبي: «الصحابة رضي الله عنهم عملوا على هذا الاحتياط في الدين، لما فهموا هذا الأصل من الشريعة، وكانوا أئمة يقتدي بهم، فتركوا أشياء وأظهروا ذلك، ليبينوا أن تركها غير قادح، وإن كانت مطلوبة»<sup>(2)</sup>، ومن ذلك.

1- ما رواه مسلم عن عائشة رضي الله عنها أنها أن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه، يأمر النساء إذا اغتسلن أن ينقضن رؤوسهن، فقالت: « يا عجبا لابن عمر هذا، يأمر النساء إذا اغتسلن أن ينقضن رؤوسهن!، أفلا يأمرهن أن يحلقن رؤوسهن، لقد كنت أغتسل أنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم من أناء واحد، ولا أزيد على أن أفرغ على رأسي ثلاث افراغات »<sup>(3)</sup>.

وذكر في المدونة: « في الثوب تصييه الجنابة، فلا يعرف موضعها: يغسل الثوب كله»<sup>(4)</sup>.  
أخذا بمبدأ الاحتياط.

2- ما رواه الإمام أحمد، أنه قال: « كان عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، إذا مضى من شعبان تسع وعشرون يوماً يبعث من ينظر، فإن رأى فذاك، وإن لم ير، ولم يحل دون منظره سحاب ولا قتر، أصبح صائماً»<sup>(5)</sup>.

3- ما رواه الإمام مالك عن سعيد بن مسيب أن عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رضي الله عنه: « قَضَى فِي الْمَرْأَةِ إِذَا تَزَوَّجَهَا الرَّجُلُ أَنَّهُ إِذَا أُرْخِيَتِ السُّتُورُ فَقَدْ وَجَبَ الصَّدَاقُ»<sup>(6)</sup>.

(1) ينظر: محمد عمر سماعي، نظرية الاحتياط الفقهي، ص 192.

(2) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج3 ص324.

(3) مسلم، صحيح مسلم، كتاب الحيض، باب حكم ضفائر المغتسلة، ج1 ص 260، رقم الحديث (59).

(4) ينظر: مالك بن انس، المدونة، ج1 ص129.

(5) أحمد، مسند الإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة قرطبة، القاهرة ج2 ص5، رقم الحديث (4488).

(6) ينظر: الألباني، أرواء الغليل، المكتب الإسلامي، بيروت، ط 2، 1405هـ- 1985 ج6 ص357، إسناده صحيح.

وهذه الآثار بمجموعها تؤكد عمل الصحابة رضي الله عنهم، بالاحتياط: « مذهب ابن عمر رضي الله عنهما الورع، وكان أكثر مذاهبه الاحتياط»<sup>(1)</sup>.

#### رابعاً: الأدلة العقلية

لا يوجد اختلاف أن الاحتياط يمدح من لزمه، ويعاب من فرط فيه وأهمله، قال ابن تيمية: «وكذلك الورع المشترك فعل الإمساك عن فضول الطعام واللباس، وهذا القسم إنما عبر أهل العقل باستحسانه ووجوبه؛ لأن مصلحة دنياهم لا تتم إلا به، وكذلك مصلحة دينهم سواء كان ديناً صالحاً أو فاسداً»<sup>(2)</sup>.

قال في المحصول: « الاحتياط يتضمن دفع ضرر الخوف عن النفس بالكلية، ودفع الضرر عن النفس واجب»<sup>(3)</sup>.

وجاء في الفروق: «يحتاط الشرع في الخروج من الحرمة إلى الإباحة، أكثر من الخروج من الإباحة إلى الحرمة؛ لأن التحريم يعتمد المفسد، فيتعين الاحتياط له، فلا يقدم على محل فيه مفسدة بأيسر الأسباب، دفعا للمفسدة بحسب الإمكان»<sup>(4)</sup>.

وهذه المعاني كلها تلتقي حول معنى واحد، تصدر عنه وإليه تعود وهو: إن الشرع يحتاط من الوقوع في المفسد أكثر من الاحتياط في غيرها.

---

<sup>(1)</sup> ينظر: أبو سليمان الخطابي، معالم السنن، تحقيق: محمد راغب الطباخ، المطبعة العلمية، حلب، ط1، 1351هـ-

1932م، ج3ص344.

<sup>(2)</sup> ينظر: ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج20ص68.

<sup>(3)</sup> ينظر: الرازي، المحصول في علم أصول الفقه، تحقيق: طه جابر فياض العلواني، ج3ص357.

<sup>(4)</sup> ينظر: القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق، ج3ص145.

### الفرع الثالث: علاقة نظرية الاحتياط الفقهي بمبدأ اعتبار المآل

لا يوجد تعارض بين مبدأ الاحتياط الذي يقوم على الاحتمال، وكون أحكام الشريعة لها غايات ومقاصد يجب تحقيقها: « واعلم أن الأمور الوهمية، وإن كانت لا تصلح للكون مقصداً شرعياً للتشريع، فهي صالحة لأن يستعان بها في تحقيق المقاصد الشرعية... وقد تكون الوهميات في أحوال نادرة مستعاناً بها على تحقيق مقصد شرعي حين يتعذر غيرها»<sup>(1)</sup>.

ويعني هذا أن مبدأ الاحتياط الفقهي، يقوم على انعقاد الشبهة في نفس المجتهد أو المفتي، والشبهة هنا، خوف فوات مصلحة، أو الوقوع في مفسدة بسبب امتزاجهما في أمر واحد<sup>(2)</sup>. « إن الشبهات منحصرة في التردد بين المصالح والمفاسد، فما تجردت مصلحته من غير تحقق مفسدة، أو توهمها فلا ورع فيه، وما تجردت مفسدته من غير تحقق مصلحة أو توهمها فلا ورع فيه، لاختصاص الورع بمواضع الاحتمال»<sup>(3)</sup>.

والشك في مآل الحكم هو من أكثر الأسباب الموجبة للاحتياط، وذلك أن بعض الأفعال يحتمل أن تفضي أحياناً، أو في الغالب إلى أمر ممنوع، وذلك على اعتبار أن التوسل بالمشروع إلى الممنوع ممنوع شرعاً، فيكون للوسيلة حكم ما يفضي إليه الفعل<sup>(4)</sup>.

فإذا قوي الشك، في إفضاء الفعل إلى ممنوع، أو مفسدة غالباً، وهو مشروع في أصله، فالاحتياط فيه أولى لقوة الشبهة، وذلك؛ لأن الظن يقوم مقام العلم في أغلب الأحوال<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص258.

(2) ينظر: يوسف بن عبد الله أحميتو، مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، ص156.

(3) ينظر: العز بن عبد السلام، شجرة المعارف والأحوال، تحقيق: إباد خالد الطباع، دار الفكر المعاصر، ط4، 2006م، ص428.

(4) ينظر: يوسف بن عبد الله أحميتو، مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، ص156.

(5) ينظر: النفروي احمد بن غنيم، الفواكه الدواني، اعتنى به: عبد الوارث محمد علي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م، ج2 ص288، و إبراهيم شمس الدين محمد ابن فرحون، تبصرة الحكام، تحقيق: جمال مرعشلي، دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، الرياض، 1423هـ-2003م، ج2 ص158، ومحمد عمر سماعي، نظرية الاحتياط الفقهي، ص124 وما بعدها.

بهذا يتضح أن العمل بمبدأ الاحتياط الفقهي، هو وثيق الصلة بالعمل بمبدأ المآلات، تأصيلاً وتفريعاً، إذ لا بد للمفتي أن يبني فتواه على متعلق النظر إلى ماتول إليه الأفعال، وتنزيل الأحكام فقد يعرض له أن تنزل به نازلة يكون العمل بالاحتياط فيها هو عينه مراعاة المآل<sup>(1)</sup>.

### المطلب الرابع: القواعد ذات الصلة بمبدأ اعتبار المآل

يعتبر العمل بسد الذرائع ومنع الحيل، من أهم القواعد الأصولية التي لها صلة مباشرة النظر في المآلات وعليها يتأسس هذا المبدأ، وهو ما سأبين عناصره، ضمن النقاط الآتية.

#### الفرع الأول: سد الذرائع

تعد قاعدة سدّ الذرائع، من أهم الموضوعات التي استحوزت على اهتمام الباحثين في أصول الفقه، لما لها من أثر فعّال على حياة الإنسان وسلوكه.

#### أولاً: تعريف سدّ الذرائع لغة واصطلاحاً

أ- الذرائع في اللغة:

جمع ذريعة، والذريعة لغة: الوسيلة والطريق إلى الشيء<sup>(2)</sup>.

ب- الذرائع اصطلاحاً: بمعناها العام هي: «الوسيلة التي تكون طريقاً إلى الشيء»<sup>(3)</sup>، سواء أكان هذا الشيء قولاً أو فعلاً، بصرف النظر عن كونه مفسدة أو مصلحة.

والذرائع هي: «منع ما يجوز لئلا يتطرق إلى ما لا يجوز»<sup>(4)</sup>.

والمراد بـ «سدّ الذرائع»: «منع الوسائل المؤدية إلى المفسد، مما يؤدي إلى محذور فهو

محذور»<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: يوسف بن عبد الله أحमितو، مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، ص 157.

(2) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج 6 ص 96، والفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص 416. مادة (ذرع).

(3) ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، ج 3 ص 117.

(4) ينظر: غلال الفاسي، مقاصد الشريعة، ص 154.

(5) ينظر: عياض بن نامي السلمي، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، دار التدمرية، الرياض، ط 1، 1426 هـ -

وقد مثل العلماء لسد الذرائع بما يلي: قضاء القاضي بعلمه ممنوع، لئلا يكون ذريعة إلى حكمه بالباطل، ويقول: حكمت بعلمي، والجمع بين السلف والبيع ممنوع، لئلا يكون اقترانهما ذريعة إلى الربا<sup>(1)</sup>.

الأصل في اعتبار سدّ الذرائع هو التّظر إلى مآلات الأفعال، فيأخذ الفعل حكماً يتفق مع ما يؤول إليه، سواء أكان يقصد ذلك الذي آل إليه الفعل أو لا يقصده، فإذا كان الفعل يؤدي إلى مطلوب فهو مطلوب، وإن كان لا يؤدي إلاّ إلى شرّ فهو منهي عنه<sup>(2)</sup>.

وإنّ التّظر إلى هذه المآلات، لا يلتفت فيها إلى نية الفاعل، بل إلى نتيجة الفعل وثمرته، وبحسب النتيجة يُحمّد الفعل أو يُذم<sup>(3)</sup>.

### ثانياً: حجية سدّ الذرائع

قد ثبت العمل، والأخذ بمبدأ سدّ الذرائع، وإعطائها حكم ما تؤول إليه، والاحتجاج بها بأدلة من القرآن الكريم، والسنة النبوية، وعمل الصحابة.

### 1- من القرآن الكريم

قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَفْؤُلُوا رَاعِنَا وَفَؤُلُوا ۚ نَظَرْنَا

وَاسْمَعُوا ۚ وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾<sup>(4)</sup>، وكان النهي؛ لأنّ اليهود اتّخذوا من كلمة ﴿رَاعِنَا﴾ وسيلة لشتم النبي ﷺ ونعته بالرّعونة<sup>(5)</sup>، فهي الله تعالى المؤمنين عن استخدامها، حتّى لا يكون ذلك مشابهة لليهود في أقوالهم وخطابهم، مع أنّها في الأصل مباحة لما تؤدي إليه من المحذور، وذلك سدّاً للذريعة<sup>(6)</sup>.

<sup>(1)</sup> ينظر: أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، 1425هـ - 2004م، ج2ص458، و الخطيب الشرييني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق: محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، ط1، 1418هـ - 1997م، ج4ص398.

<sup>(2)</sup> ينظر: يوسف بن عبد الله أحميتو، مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، ص170.

<sup>(3)</sup> ينظر: محمد أبو زهرة، أصول الفقه، ص288.

<sup>(4)</sup> الآية 104، من سورة البقرة.

<sup>(5)</sup> يقال: رجل أرعن: أي متفرّق الحُجج، وليس عقله مجتمعاً. ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج2ص41.

<sup>(6)</sup> ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، ج3ص119.

قوله تعالى: ﴿وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ﴾<sup>(1)</sup>، فمنعهن من الضرب بالأرجل - وإن كان جائزاً في نفسه - لئلا يكون سبباً إلى سماع الرجال صوت الضرب فيثير ذلك دواعي الشهوة منهم إليهن<sup>(2)</sup>.

قوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِّن بَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾<sup>(3)</sup>، نهى سبحانه عن نكاح الأمة، على القادر على نكاح الحرّة، إذا لم يخش العنت؛ لأن ذلك ذريعة إلى استرقاق ولده، حتّى لو كانت الأمة من الآيسات من الحبل والولادة لم تحلّ له سداً للذريعة<sup>(4)</sup>. يقول ابن القيم: «ولهذا منع الإمام أحمد الأسير والتاجر، أن يتزوَّج في دار الحرب خشية تعريض ولده للرّق، وعلله بعلّة أخرى وهي أنّه قد لا يمكنه منع العدو من مشاركته في زوجته»<sup>(5)</sup>.

**2- من السنّة النبويّة**

أنّ النبيّ ﷺ نهى عن قطع يد السارق في الغزو، حتّى لا يكون ذلك ذريعة إلى إلحاق المحدود بالمشركين، قال ﷺ: « لا تُقطع الأيدي في الغزو »<sup>(6)</sup>.

وكتب عمر بن الخطاب ﷺ: «أن لا يجلدن أمير جيش ولا سرية ولا رجلاً من المسلمين حداً وهو غاز، حتّى يقطع الدرب قافلاً، لئلا تلحقه حمية الشيطان فيلحق بالكفار»<sup>(7)</sup>.

(1) الآية 31، من سورة النور.

(2) ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، ج3 ص 118.

(3) الآية 25، من سورة النساء.

(4) ينظر: البغوي، تفسير البغوي، ج2 ص 197.

(5) ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، ج3 ص 130.

(6) أخرجه أبو داود في سننه (بشرح عون المعبود)، كتاب: الحدود، باب: السارق يسرق في الغزو أيقطع، ج12 ص 54،

رقم الحديث (4397)، وصححه الألباني في صحيح وضعيف أبي داود رقم الحديث (4408).

(7) أخرجه الترمذي في سننه، باب ما جاء أن لا تقطع الأيدي في الغزو، ج3 ص 5. رقم الحديث (1450).

وقد جاء في المغني، إجماع الصحابة على ذلك<sup>(1)</sup>، أن النبي ﷺ نهى الدائن أو المقرض عن أخذ الهدية من المدين، لئلا يتخذ ذلك ذريعة إلى تأخير الدين؛ لأجل الهدية فيكون ربا، فإنه يعود إليه ماله وأخذ الفضل الذي استفاده بسبب القرض<sup>(2)</sup>.

عن أبي أمامة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «مَنْ شَفَعَ لِأَخِيهِ بِشَفَاعَةٍ، فَأَهْدَى لَهُ هَدِيَةً عَلَيْهَا فقبلها فقد أتى باباً عظيماً من أبواب الربا»<sup>(3)</sup>.

ومن ذلك نهيه رضي الله عنه النساء إذا صلين مع الرجال أن يرفعن رؤوسهن قبل الرجال، لئلا يكون ذلك ذريعة منهن إلى رؤية عورات الرجال من وراء الأزر، ولذا قالت أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنها: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يَأْمَنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ، فَلَا تَرَفَعُ رَأْسَهَا حَتَّى يَرْفَعَ الرَّجُلُ رُؤُسَهُمْ»<sup>(4)</sup>، كراهة أن يرين من عورات الرجال.

### 3- من عمل الصحابة

قضائهم بتوريث المطلقة ثلاثاً في مرض الموت، كي لا يتخذ هذا الطلاق ذريعة لحرمان الزوجة من الميراث، وإلحاق الضرر بها<sup>(5)</sup>.

فقد روي ذلك عن عثمان بن عفان رضي الله عنه، حين عزم على توريث ثماضر بنت الأصغ الكلبية من عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه، وكان طلقها في مرضه فبثها، واشتهر ذلك في الصحابة، فلم ينكر حتى عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه نفسه، فقد روى عروة عن عثمان رضي الله عنه أنه قال لعبد الرحمن رضي الله عنه: «لئن مت لأورثتها منك، قال: قد علمت ذلك، ولولا ما نقل من خلاف ابن الزبير لكان إجماعاً»<sup>(6)</sup>.

<sup>(1)</sup> ينظر: ابن قدامة، المغني، ج9 ص299.

<sup>(2)</sup> ينظر: أبو زهرة، أصول الفقه، ص289.

<sup>(3)</sup> أخرجه أبو داود في سننه، باب في الهدية لقضاء الحاجة، ج3 ص292، رقم الحديث (3541)، من حديث أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه. والحديث حسنه الألباني في (السلسلة الصحيحة) رقم الحديث (3465).

<sup>(4)</sup> أخرجه أبو داود في سننه، باب رفع النساء إذا كن مع الرجال رؤوسهن من السجدة، ج2 ص246، رقم الحديث (851)، وصححه الألباني في صحيح أبي داود، وأحمد، مسند أحمد، ج6 ص348.

<sup>(5)</sup> ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، ج3 ص123.

<sup>(6)</sup> ينظر: ابن قدامة، المغني، ج6 ص373، وابن حزم، المحلى، ج5 ص44، المسألة (1980)، وينظر: ابن حجر، تلخيص التحرير، ج3 ص209، قال الحاكم: حديث صحيح، وقال الترمذي: حسن.



اتَّفَق الصَّحَابَةُ عَلَى جَمْعِ عَثْمَانَ رضي الله عنه لِلْمَصْحَفِ عَلَى حَرْفٍ وَاحِدٍ مِنَ الْأَحْرَفِ السَّبْعَةِ، لِئَلَّا يَكُونَ ذَرِيعَةً إِلَى اخْتِلَافِهِمْ فِي الْقُرْآنِ<sup>(1)</sup>، أَوْ ضِيَاعَهُ بِمَوْتِ حُقَافِ الْقُرْآنِ، وَلَمْ يَعْلَمْ مِنْهُ مَخَالَفٌ عَلَى ذَلِكَ فَصَارَ إِجْمَاعًا<sup>(2)</sup>.

وَكَانَ جَمْعُ الْقُرْآنِ الْأَوَّلِ أَيَّامَ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ رضي الله عنه، بَعْدَ مَقْتَلِ أَهْلِ الْيَمَامَةِ، حَتَّى اسْتَحْرَرَ الْقَتْلَ بِالْقُرَّاءِ، فَأَشَارَ عُمَرُ رضي الله عنه عَلَى أَبِي بَكْرٍ بِجَمْعِهِ، وَأَمَرَ أَبُو بَكْرٍ زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ بِجَمْعِهِ<sup>(3)</sup>.  
ثُمَّ كَانَ الْجَمْعُ الثَّانِي فِي أَيَّامِ عَثْمَانَ رضي الله عنه، حِينَ خَافَ اخْتِلَافَ النَّاسِ فِي الْقِرَاءَةِ، فَجَمَعَهُمْ عَلَى الْقِرَاءَاتِ الثَّابِتَةِ الْمَعْرُوفَةِ عَنِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم وَأَحْرَقَ مَا سِوَاهَا<sup>(4)</sup>، وَأَمَرَ بِنَسْخِ الْمَصْحَفِ وَزَعَتْ عَلَى الْأَقْطَارِ الْإِسْلَامِيَّةِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ<sup>(5)</sup>.

وغير ذلك من الأمثلة التي تستند إلى سدِّ الدَّرَائِعِ، وتُعَدُّ مَبْدَأً مِنْ مَبَادِيءِ إِبْطَالِ الْحِيلِ، وَالتَّلَاعِبِ فِي الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ.

قال القرافي: « ومعنى ذلك حسم مادة وسائل الفساد دفعا له، فمتى كان الفعل السَّالِمَ مِنَ الْمَفْسُودَةِ وَسِيلَةً إِلَى الْمَفْسُودَةِ مَنَعْنَا ذَلِكَ الْفِعْلَ »<sup>(6)</sup>.

<sup>(1)</sup> ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، ج3 ص137.

<sup>(2)</sup> ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج3 ص225 وما بعدها.

<sup>(3)</sup> أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب فضائل القرآن، باب جمع القرآن، ج6 ص183، حديث رقم (4986)، وينظر: بدر الدين الزركشي، البرهان في علوم القرآن، تحقيق: يوسف المرعشلي وآخرون، دار المعرفة، ط1، 1410هـ-1990م، ج1 ص136، وجمال الدين السيوطي، الإتقان، تحقيق: مركز الدراسات القرآنية، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، ط1، 1426هـ، ج1 ص59.

<sup>(4)</sup> أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب فضائل القرآن، باب جمع القرآن، ج6 ص183، رقم الحديث (4987)، وينظر: الزركشي، البرهان في علوم القرآن، ج1 ص136.

<sup>(5)</sup> مُحَمَّدُ عَبْدِ الْكَرِيمِ بَرَكَاتٍ، قَاعِدَةُ سَدِّ الدَّرَائِعِ فِي أَصُولِ الْفِقْهِ، مَجَلَّةُ جَامِعَةِ الْقُرْآنِ الْكَرِيمِ وَالْعُلُومِ الْإِسْلَامِيَّةِ، صَنْعَاءُ، الْعَدَدُ السَّادِسُ عَشَرَ 1429 هـ - 2008 م، ص156.

<sup>(6)</sup> ينظر: القرافي، تنقيح الفصول، ص144.

### ثالثاً: علاقة سد الذرائع بمبدأ النظر في مآلات الأفعال

مقصد الشريعة الإسلامية، هو الإصلاح وإزالة الفساد، في تصارييف أعمال الناس، ومن عموم الأدلة يحصل اليقين بأن الشريعة وضعت لجلب المصالح درأ المفاسد<sup>(1)</sup>.

وإذا تقرر هذا، وجب أن يتقرر كذلك إن لمقصد الشريعة، طرقاً وأدوات لتحصيلها وتحقيقها، فلكل مقصد وسيلة يدور معها<sup>(2)</sup>، يقول القرني: « موارد الأحكام على قسمين: مقاصد وهي المتضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها، ووسائل وهي الطرق المفضية إليها، وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحريم وتحليل»<sup>(3)</sup>.

ويقول الشاطبي: « وقد تقرر أن الوسائل - من حيث هي وسائل - غير مقصودة لأنفسها، وإنما هي تبع للمقاصد؛ بحيث لو توصل إلى المقاصد دونها لم يتوسل بها، وبحيث لو فرضنا عدم المقاصد جملة لم يكن للوسائل اعتبار، بل كانت تكون كالعيب»<sup>(4)</sup>.

فقد يتوسل المكلف بالأمر المباح إلى ما هو حرام، وهنا يتدخل الشرع ليمنعه من بلوغ غايته، فلا اعتبار هنا للوسيلة فإن الوسيلة تسقط بسقوط مقصدها<sup>(5)</sup>.

وعلى هذا فلا عبرة بسلامة الوسيلة، نظراً إلى ما تفضي إليه من مآل ضروري، ومن هنا يكون مدخل سد الذريعة إلى مبدأ اعتبار المآل، يقول الشاطبي بعد حديثه عن أصل مراعاة المآل: «وهذا الأصل ينبني عليه قواعد منها: قاعدة الذرائع التي حكمها مالك في أكثر أبواب الفقه؛ لأن حقيقتها التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة»<sup>(6)</sup>.

من كلام الشاطبي يفهم أن قاعدة سد الذرائع منبثقة عن أصل المآلات، وذلك بالنظر إلى ما يستلزمه الواقع من اعتبار لتحقيق مقاصد الشارع، وموافقة مقاصد المكلفين لها.

(1) ينظر: فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص202.

(2) ينظر: الخادمي، أبحاث في مقاصد الشريعة، ص150.

(3) ينظر: القرافي، الفروق، ج2 ص61.

(4) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج2 ص212.

(5) المقرئ، القواعد، ج1 ص242.

(6) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج4 ص198.

إن العلاقة بين مبدأ النظر في المآلات وقاعدة سد الذرائع، هي علاقة سبب ومسبب، وهذه العلاقة التي تجد امتدادها في ارتباط الوسائل بالمقاصد إباحة ومنعاً<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: الحيل

إن الأخذ بالحيل<sup>(2)</sup> أمر قد لا يجد استحساناً عند أحد، لكن لو كانت هذه الحيلة يتوصل بها إلى مباح فما حكمها؟، وما هو تأثيرها في مبدأ مآلات الأفعال، هذا ما سأوضحه في هذا الفرع.

### أولاً: تعريف الحيل

للحيلة تعريفات كثيرة، منها ما يسائر الإطلاق العرفي، في سلوك الطرق الخفية، بغية الوصول إلى الغرض، ولكن يختص باليمنوع منه، وإن أكثر استعمال الحيلة فيما فيه خبث<sup>(3)</sup>. وفي المغني: «الحيل كلها محرمة، وهو أن يظهر عقداً مباحاً يريد به محرماً، مخادعةً وتوسلاً إلى فعل حرمه الله تعالى، واستباحةً محظوراته، أو إسقاط واجب، أو دفع حق ونحو ذلك»<sup>(4)</sup>، وقال الشاطبي، بأن التحيل: «قلبٌ للأحكام الثابتة شرعاً، إلى أحكام أخرى بفعل صحيح في الظاهر لغو في الباطن»<sup>(5)</sup>.

ومن أجل هذا المعنى، كان إلحاق صفة الاحتيال بالشخص ذمّاً، كقولك: فلان محتال. فإنه ينطوي على ذمّ عرفاً<sup>(6)</sup>.

وتنوع الاستعمال الشرعي، هو ما جعل الحيلة، تنطوي على المعنى المذموم والمحمود معاً، فقد جاء في القرآن قوله تعالى: ﴿إِلَّا الْمُسْتَضْعَمِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالْوِلْدَانَ

(1) ينظر: يوسف بن عبد الله أحميتو، مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، ص156.

(2) تعريف الحيل لغة: الحيل جمع حيلة، من الحول الذي هو الحِدْقُ والقدرة على التصرف، ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج4ص241، الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص990 مادة (حيل).

(3) ينظر: الراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، تحقيق: صفوان عدنان داوودي، دار القلم، الدار الشامية، ط4، سنة النشر: 1430هـ - 2009م، ص267.

(4) ينظر: ابن قدامة، المغني، ج4ص194.

(5) ينظر: الموافقات للشاطبي، ج2ص380.

(6) ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، ج3ص205.

لَا يَسْتَطِيعُونَ حِيلَةً وَلَا يَهْتَدُونَ سَبِيلًا ﴿١﴾، فالحيلة هنا مستعملة بالمعنى المحمود، وهو هنا التخلص من الكفار.

وجاء في الحديث: « لَا تَرْتَكِبُوا مَا ارْتَكَبَتِ الْيَهُودُ، فَتَسْتَحِلُّوا مَحَارِمَ اللَّهِ بِأَدْنَى الْحَيْلِ »<sup>(٢)</sup>. فهي هنا مستعملة بالمعنى المذموم، وهو هنا التحلل من التكاليف، ومخالفة أوامر الله ﷻ ونواهيه<sup>(٣)</sup>. للحيل إذاً معنى مذموم، مؤداه التملص من التكاليف، وآخر محمود، يدل على حسن التدبير بطريق شرعي صحيح، على أن لا يؤدي ذلك إلى إحلال محرم، أو إسقاط واجب، ولعل عدم ملاحظة التمييز بين هذين المعنيين، أثر في اختلاف موقف الفقهاء من الحيل، حين تعرضهم للكلام فيها<sup>(٤)</sup>.

### ثانياً: موقف العلماء من الحيل

يمكن رد ذلك الموقف المتناقض من الحيل، إلى سببين اثنين:

الأول: أن الفريق الأول إذ يهاجم الحيل، ويسرد الأدلة على منعها، يضع نصب عينيه تلك الحيل بالمعنى المذموم، والفريق الآخر يفعل العكس.

الثاني: أنه لم يحدّد المقصود باصطلاح الصحة أو البطلان، إذ يستعمله كل فريق<sup>(٥)</sup>.

تعليقاً على السبب الثاني، فإن مصطلح الصحة يطلقه الفقهاء باعتبارين:

الأول: بمعنى ترتيب آثار عمل ما في الدنيا، كما نقول في العبادات: إنها صحيحة؛ بمعنى أنها مجزئة ومسقطه للقضاء<sup>(٦)</sup>.

(١) الآية 98 من سورة النساء.

(٢) هذا الحديث ذكره ابن القيم في حاشيته على سنن أبي داود، وقال: رواه ابن بطة وغيره بإسناد حسن عن أبي هريرة، وإسناده مما يصححه الترمذي تحقيق: عبد الرحمن محمد عثمان، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، ط2، 1388هـ، 1968م، ج9 ص244، قال عنه الألباني في السلسلة الضعيفة، ج1 ص608، عند كلامه عن حديث رقم (416) ما نصه: رواه ابن بطة في جزء الخلع وإبطال الحيل، وإسناده جيد كما قال الحافظ ابن كثير في تفسيره.

(٣) ينظر: عبيد الله بن محمد بن بطة العكبري، إبطال الحيل، تحقيق: سليمان بن عبد الله العمير، مؤسسة الرسالة، ط1،

1417هـ-1996م، ص111، 112.

(٤) ينظر يوسف بن عبد الله أحميتو، مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، 242.

(٥) ينظر: عبد الرحمن السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، ص269.

(٦) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج1 ص291، 292.

والثاني: بمعنى ترتب آثار ذلك العمل في الآخرة، أي ترتب الثواب والعقاب، فنقول: هذا عمل صحيح؛ بمعنى أنه يرجى به الثواب في الآخرة، أو لا عقاب على فاعله فيها، ومثل ما تقدم القول في البطلان كما ذكر الشاطبي<sup>(1)</sup>.

لعلّ من تكلم في الحيل لم يراع في استعماله لمصطلح الصحة والبطلان، التمييز بين المعنيين السابقين، فربما حمل استعمال الفريق المقابل له لهذين المصطلحين، على المعنى الذي استعمله هو، مع أن واقع الأمر ليس كذلك، فأورث ذلك خلافاً، بدا وكأنه في هذه المسألة بعينها، مع أنه في الحقيقة عائد إلى أصول فقهية مذهبية<sup>(2)</sup>.

أما عن السبب الأول، فإن تتبع أدلة من قال بالحيل، ومن منعها، ليهتدي إلى وجوب التفريق بين حيل تتخذ ظاهراً مشروعاً، ابتغاء الوصول إلى حلٍّ أمرٍ كان محرماً بالأصل، على وجه يناقض مقاصد الشرع من تحقيق مصالح الإنسان الحقيقية ورفع الحرج عنه، وبين حيل شأنها ما تقدم، لكنها في النتيجة لا تؤدي إلى مناقضة مقاصد الشريعة<sup>(3)</sup>.

إن الباحث في قضية الحيل، لا يملك وقد اطلع على أدلة الفريقين ووجهات نظرهم، إلى أن يحكّم هذا الضابط في كل حيلة، ليخرج بالقول الأقرب للقبول، وقد حقق الشاطبي في ذلك فكان من قوله: «لا يمكن إقامة دليل في الشريعة على إبطال كل حيلة، كما أنه لا يقوم دليل على تصحيح كل حيلة، فإنما يبطل منها ما كان مضاداً لقصد الشارع خاصة، وهو الذي يتفق عليه جميع أهل الإسلام؛ ويقع الاختلاف في المسائل التي تتعارض فيها الأدلة»<sup>(4)</sup>.

فما يصلح ضابطاً إذاً لحلّ الحيلة أو حرمتها، هو النظر فيما تؤدي إليه هذه الحيلة مآلاً، من هدم لأصول الشريعة، ومناقضة لمقاصدها، فإن كان شأنها كذلك فالحرمة حكمها، وإلا فلا بأس فيها ما دامت الوسطة مشروعة؛ لكن هذا لا يستطيع تحديده عامة الناس في كل حيلة بحيلها، بل

(1) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج1 ص291، 292.

(2) ينظر: عبد الرحمن السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، ص272.

(3) ينظر: العكبري، إبطال الحيل، ص108، 109.

(4) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج2 ص385-387.

يرجع فيه إلى أهل العلم والرأي الثقات، فهم من يقرر مناقضة حيلة ما لمقاصد الشريعة، أو عدم مناقضتها، لأنهم الأعلام بحالها<sup>(1)</sup>.

هذا الضابط للحيلة الجائزة، يفصل القول بين من رفع شعار مناصرة الحيل، وبين من منعها وأبطلها؛ لأن من أنكر جواز الحيل، لا يملك إلا أن يقرَّ بجواز بعضها لمجيء الأدلة به<sup>(2)</sup>، بل إن ابن القيم نفسه، - وهو من المعارضين للحيل - أرشد إلى بعض الحيل، التي عدّها جائزة في ضروب من المسائل الفقهية<sup>(3)</sup>.

لكن هذا الكلام المتقدم، وإن كان يحل الخلاف من حيث الحكم على حيلة ما بالحل أو الحرمة، فإنه لا يحل الخلاف من حيث الحكم، على عقود جرت على وجه التحيل بالصحة أو الفساد، لفقهاء المذاهب أصول اعتمدها، أوثرت تباين أقوالهم، في مسألة ما يمكن أن يسمى بالحيل أو الذرائع الربوية<sup>(4)</sup>.

### ثالثاً: علاقة الحيل بمبدأ اعتبار المآل

إن الباعث النفسي والنتيجة المادية، لقصد المكلف هما الحاکمان ببقاء مشروعية تصرفه أو إبطاله، إذ المعتبر في حكم الشرع أن يتوافق الظاهر مع الباطن<sup>(5)</sup>، وهذا ما يذكره الشاطبي حين يقول: « لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد، كانت الأعمال معتبرة بذلك؛ لأنه مقصود الشارع فيها كما تبين، فإذا كان الأمر في ظاهره، وباطنه على أصل المشروعية، فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقاً والمصلحة مخالفة، فالفعل غير صحيح، وغير مشروع؛ لأن الأعمال الشرعية

(1) ينظر: عبد الرحمن السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، ص 279.

(2) من ذلك حديث التمر الجنيب، فإن الغرض من بيع الجمع بالدرهم ليس حقيقة البيع والحصول على الدرهم، بل التوسط بذلك للحصول على التمر الجنيب، أي كان بيع الجمع بالدرهم حيلة للوصول إلى التمر الجنيب، لامتناع مقابلة الجمع بالجنيب ابتداءً، وقد أرشد النبي ﷺ إلى هذه الطريقة مراعاةً لحاجة من يملك الجمع ويحتاج إلى أكل الجنيب. ينظر: ابن قدامة، المغني، ج 4 ص 193.

(3) ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، ص 110.

(4) بيع العينة هو بيع السلعة بثمن ثم إعادة شرائها بثمن مختلف، والصورة الغالبة فيه هي بيع السلعة، بثمن زائد نسيئةً، لبيعها المشتري ثانيةً بثمن حاضر أقل، ليحصل على المال. ينظر: ابن قدامة، المغني، ج 4 ص 278.

(5) ينظر: يوسف بن عبد الله أحميتو، مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، 247.

ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور أخرى هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها، فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع، فليس على وضع المشروعات»<sup>(1)</sup>.

لهذا فحكمة الشرع، تأبى أن تكون أحكامه والحقوق التي شرعها لعبده، سبيلا إلى إبطال مقاصده، وأن يكون مآل هذه النعمة الإلهية في نهاية الأمر، وسيلة إلى التعسف على العباد<sup>(2)</sup>. وتبرز العلاقة بين المآل والحيل أكثر، من خلال ذلك الترابط القائم بين سد الذرائع والمآلات، فمادام الشرع سد الذريعة نظرا لما تفضي إليه، حتى ولو لم يكن المآل مقصودا للمكلف، فإن من باب أولى وأحرى، أن يكون المنع مما قصد إليه المكلف به ما وضع في أصل الشرع<sup>(3)</sup>.

إن العلاقة بين الحيل واعتبار المآل، لا تنفصل أبدا، عن أصل العدل والمصلحة الذين هما قوام التشريع. «إن المتصرف على هذا النحو- أي بالتحيل- المذموم لن يكون بنجوة من حكم العدل والمصلحة؛ لأنهما سيلاحقانه من خلال سلطة الاجتهاد المالي التي تعلن فساد تصرفه، وتحكم بطلانه، وتمنع إنفاذه»<sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج3 ص120، 121

<sup>(2)</sup> يوسف بن عبد الله أحميتو، مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، 248.

<sup>(3)</sup> ينظر: عبد الرحمن السنوسي، اعتبار المآلات، ص286.

<sup>(4)</sup> ينظر: عبد الرحمن السنوسي، اعتبار المآلات، ص287.

### الفرع الثالث: الاستحسان

لقد كان الأخذ بالاستحسان<sup>(1)</sup>، مثار بحث العلماء، بعد ما أقره المالكية والحنابلة، واشتهر به الحنفية، عده الشافعية والظاهرية بدعة وتشريعاً في الدين، ولذا قال الشافعي «من استحسّن فقد شرع»<sup>(2)</sup>؛ أي وضع شرعاً من قبل نفسه، وليس له ذلك<sup>(3)</sup>.

إنّ هذا العنصر يعرض لهذه المسألة، ويناقش الآراء فيها، ويحاول الوصول إلى رأي ناضج وسأوزع هذا على النقاط الآتية:

#### أولاً: الاستحسان عند الأصوليين

تعددت تعريفات الأصوليين، وتنوعت عباراتهم في التعبير عنه تبعاً لمذاهبهم في جواز الاستحسان والاعتداد به في إثبات الأحكام الشرعية.

عرفه بعضهم بأنه: «دليل ينقدح في نفس المجتهد، يعسر عليه التعبير عنه»<sup>(4)</sup>.

وعرفه بعضهم بأنه: «ترك القياس إلى ما هو أولى منه»<sup>(5)</sup>.

وهو قريب من هذه العبارة: «قطع المسألة عن نظائرها، لما هو أولى»، غير أنّ هذا التعريف

---

(1) الاستحسان في اللغة: مأخوذ من الحسن، ومصدره: استحسّن، أي: الشيء عده حسناً، سواء كان الشيء من الأمور الحسية أو المعنوية، ينظر: محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت، ط2، 1408هـ - 1988م، ص42، وأحمد بن أبي سهل السرخسي، أصول السرخسي، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، ط1، 1414هـ - 1993م، ج2 ص200، وعلاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، وضع حواشيه: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، لبنان، ج4 ص112.

(2) ينظر: حسن بن محمد بن محمود العطار، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، دار الكتب العلمية، ج2 ص395.

(3) ينظر: الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، ج8 ص103.

(4) ينظر: التفتزاني، شرح التلويح على التوضيح، ج2 ص163.

(5) ينظر: ابن الحاجب، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب، ج2 ص288.



أعم، حيث يشمل ترك القياس لما هو أولى، وترك دليل غير القياس لما هو أولى منه<sup>(1)</sup>. وهذا هو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية، في تعريف الاستحسان. ومثل له الحنفية بأمثلة منها: في بدائع الصنائع: « والقياس يترك بالإجماع، ولهذا ترك القياس في دخول الحمام بالأجر، من غير بيان المدة ومقدار الماء الذي يستعمل »<sup>(2)</sup>.

ومثل له المالكية بما « قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: قُلْتُ لِمَالِكٍ: لِمَ تَقْضِي بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ فِي جِرَاحِ الْعُمْدِ وَلَيْسَ بِمَالٍ؟ فَقَالَ: إِنَّهُ لِشَيْءٍ اسْتَحْسَنَاهُ »<sup>(3)</sup>.

قال الشاطبي: « وهذه تعريفات قريب بعضها من بعض، وإذا كان هذا معناه عن مالك وأبي حنيفة، فليس بخارج عن الأدلة البتة؛ لأن الأدلة تقيد بعضها بعضاً، ويخصص بعضها بعضاً، كما في أدلة السنة مع أدلة القرآن، ولا يريد الشافعي مثل هذا أصلاً، فلا حجة في تسميته استحساناً لمبتدع على حال »<sup>(4)</sup>.

### ثانياً: حكم الاستحسان

لا خلاف بين العلماء في جواز استعمال لفظ الاستحسان؛ لأنه قد ورد في القرآن والسنة وألفاظ سائر المجتهدين، أما القرآن فقولته تعالى: ﴿وَأْمُرْ قَوْمَكَ يَا خُذُوا بِأَحْسَنِهَا﴾<sup>(5)</sup>، وقوله: ﴿فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ﴾<sup>(6)</sup>، وأما السنة، فقولته ﷺ: « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن »<sup>(7)</sup>.

<sup>(1)</sup> وهو قريب من عبارة الكرخي؛ حيث عرفه بأنه: «قطع المسألة عن نظائرها؛ لما هو أولى». غير أن تعريف الكرخي أعم؛ حيث يشمل ترك القياس لما هو أولى، وترك دليل غير القياس لما هو أولى منه. ينظر: محمد بن علي البصري، المعتمد في أصول الفقه، تحقيق: خليل الميس، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1403هـ، ج2 ص296.

<sup>(2)</sup> الكساني، بدائع الصنائع، ج5 ص3.

<sup>(3)</sup> الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، ج8 ص97.

<sup>(4)</sup> ينظر: الشاطبي، الموافقات ج4 ص208-214، والاعتصام، ج2 ص139.

<sup>(5)</sup> الآية 145، من سورة الأعراف.

<sup>(6)</sup> الآية 17، من سورة الزمر.

<sup>(7)</sup> قال العجلوني: «وقد صح عن ابن مسعود مرفوعاً: ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن». وعزوه للمسنَد ليس وهماً كما قال العلامة العجلوني، بل هو في المسند ج1 ص379، رقم الحديث (3600)، قال الألباني في السلسلة الضعيفة و الموضوعة، ج2 ص17، لا أصل له مرفوعاً، وإنما ورد موقوفاً على ابن مسعود.

وأما وروده في عبارات الأئمة المجتهدين: فمن ذلك قول الشافعي في باب المتعة: «أستحسن أن تكون ثلاثين درهماً»، وفي باب الشفعة: «أستحسن أن يثبت للشفيع الشفعة إلى ثلاثة أيام»، وقال في المكاتب: «أستحسن أن يترك عليه شيء»، وتقدم استعمال مالك وأبي حنيفة، فثبت بهذا أن الخلاف ليس في إطلاق اللفظ<sup>(1)</sup>.  
وإنما اختلف الأصوليون، في حجية الاستحسان، ومدى الاعتداد به في إثبات الأحكام الشرعية، وذلك على مذهبين:

المذهب الأول: الاستحسان حجة شرعية معتبرة في استنباط الأحكام، وهو مذهب الحنفية والمالكية.  
المذهب الثاني: الاستحسان لا يعتد به في إثبات الأحكام الشرعية، وهو مذهب الشافعية، واختلف النقل عن الحنابلة<sup>(2)</sup>.

### الأدلة:

أولاً- احتج المجيزون للاستحسان بأدلة منها:

قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ﴾<sup>(3)</sup>.

قَالُوا: فَهَذَا أَمْرٌ بِالْأَخْذِ بِالْأَحْسَنِ<sup>(4)</sup>.

وَقَوْلُهُ ﷺ: «مَا رَأَى الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ»<sup>(5)</sup>.

«ولأن المسلمين أجمعوا على أحكام عدلوا عن الأصول فيها إلى الاستحسان: ( منها ) دخول الواحد إلى الحمام ليستعمل ماء غير مقدر. ويشترى المأكل بالمساومة، من غير عقد يتلفظ به، فدل على أن استحسان المسلمين

<sup>(1)</sup> ينظر: فخر الدين الرازي، المحصول في علم أصول الفقه، تحقيق: طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، ط2، 1418هـ- 1997م، ج6 ص126-128 بتصرف، وأحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص، الفصول في الأصول، تحقيق: عجيل جاسم النشمي، طبع وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت، ط2، 1414هـ- 1994م، ج4 ص226-229.

<sup>(2)</sup> السرخسي، أصول السرخسي، ج2 ص200، 201، آل تيمية، المسودة في أصول الفقه، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، مطبعة المدني، القاهرة، 1384 هـ- 1964م، ص 451.

<sup>(3)</sup> الآية 17، من سورة الزمر.

<sup>(4)</sup> الجويني، التلخيص في أصول الفقه، ج3 ص314.

<sup>(5)</sup> سبق تخريجه ص200.

حجة وإن لم يقترن بحجة. وأجاب أصحابنا عن الآية بأنها تتضمن الأخذ بالأحسن دون المستحسن، وهو ما جاء به الكتاب والسنة لا غيرهما. والحديث موقوف على ابن مسعود. وعن الإجماع بأن المصير إليه بالإجماع لا بالاستحسان»<sup>(1)</sup>.

ثانياً- احتج المبطلون للاستحسان بقول الله تعالى: ﴿أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ

يُشْرَكَ سُدًى﴾<sup>(2)</sup>، وروي في معنى سدى: أنه الذي لا يؤمر ولا يُنهى<sup>(3)</sup>، فقالوا: هذا يدل على أنه ليس لأحد من خلق الله ﷻ أن يقول بما يستحسن، بل بما يؤمر به ويُنهى عنه، فإن القول بما يستحسنه شيءٌ يحدثه، لا على مثال معنى سبق، فيكون مردوداً، لا مقبولاً، إذ لا يكون مستنداً إلى ما قرره الشرع<sup>(4)</sup>.

واحتجوا بقوله تعالى: ﴿بِإِن تَنْزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾<sup>(5)</sup>.

واستدلوا أيضاً بأنه ﷺ حين بعث معاذاً إلى اليمن دله على الاجتهاد عند فقد النص<sup>(6)</sup>، ولم يذكر له الاستحسان. وقد نهى الله عن اتباع الهوى<sup>(7)</sup>.

وأجاب المجيزون للاستحسان بأن هذا مردود؛ لأن جميع ما يقال فيه بالاستحسان، يأتي

(1) الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه ج 8 ص 104، 105.

(2) الآية 35، من سورة القيامة.

(3) ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج 30 ص 365.

(4) الجصاص، الفصول، ج 4 ص 224.

(5) الآية 58، من سورة النساء.

(6) رواه أبو داود في الأفضية، باب اجتهاد الرأي في القضاء، رقم الحديث (3592) و (3593)، والترمذي، في الأحكام، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي، رقم الحديث (1327) و (1328)، وقال الترمذي: هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وليس إسناده عندي بمتصل، قال الألباني بعد تخريجه حديث معاذ في الرأي وبيان ضعفه وما يستنكر منه: هو صحيح المعنى فيما يتعلق بالاجتهاد عند فقدان النص، وهذا مما لا خلاف فيه. سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة، ج 2 ص 286. ينظر: ابن الأثير الجزري، جامع الأصول في أحاديث الرسول، تحقيق: عبد القادر الأرئوط، بشير عيون، مكتبة الحلواني، مطبعة الملاح، مكتبة دار البيان، ط 1، 1389هـ- 1969م، ج 10 ص 179.

(7) ينظر: الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، ج 8 ص 96.

مقروناً بدلائله وحججه، لا على جهة الشهوة واتباع الهوى، كما فهم المخالفون<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً: علاقة الاستحسان بالنظر في مآلات الأفعال

يقول الشاطبي في سياق تقييده، وتأصيله لنظرية مراعاة المآل، واعتبار نتائج تصرفات أفعال المكلفين، يقول في معرض حديثه عن القواعد المندرجة تحت أصل المآلات<sup>(2)</sup>: «ومما ينبغي على هذا الأصل قاعدة الاستحسان، وهو - في مذهب مالك - الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي، ومقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس، فإن من استحسّن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه، وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة»<sup>(3)</sup>.

وبعد أن قدم الشاطبي لاندراج الاستحسان تحت أصل المآلات، ومثل لذلك بكثير من الترخيصات، سواء في العبادات أو المعاملات، يقول: «فإن حقيقتها ترجع إلى اعتبار المآل في تحصيل المصالح أو درء المفاسد على الخصوص، حيث كان الدليل العام يقتضي منع ذلك؛ لأن لو بقينا مع أصل الدليل العام، لأدى إلى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل من المصلحة؛ فكان من الواجب رعي ذلك المآل إلى أقصاه، ومثله الاطلاع على العورات في التداوي،...»<sup>(4)</sup>.

إن الاستحسان مسلك من مسالك الجمع والترجيح بين الأدلة المتعارضة<sup>(5)</sup>، والنظر في مآلات الأفعال، ومسلك الجمع والترجيح ليس أصلاً استنباطياً أو دليلاً إجمالياً، بل هو لا يعدو أن يكون إحدى طرق التعامل مع النصوص الشرعية<sup>(6)</sup>.

وخلاصة هذا المبحث، بعد ما علمنا حقيقة النظر في المآلات واعتبار نتائج التصرفات والأفعال، نتحقق أن أفعال المكلفين لها غايات، ومقاصد قصدها الشارع الحكيم، وضابط هذه الحكم والمقاصد، النظر في المآلات.

<sup>(1)</sup> ينظر: السرخسي، أصول السرخسي، ج2 ص199-201.

<sup>(2)</sup> ينظر: يوسف بن عبدالله أحميتو، مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، 274.

3 ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج5 ص193، 194.

<sup>(4)</sup> ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج5 ص195.

<sup>(5)</sup> ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد، ج2 ص498.

<sup>(6)</sup> ينظر: نعمان جعيم، تحرير القول في مسمى الاستحسان، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون،

جامعة الإمارات العربية المتحدة، عدد 33، ذو الحجة 1428هـ - يناير 2008م، ص166.

تصطبغ نظرية المآلات، بصيغة المقاصد، غير أنه لها امتدادات في القواعد الأصولية، بها تضبط، كقاعدة سد الذرائع وفتحها، والاستحسان، والحيل.

### المبحث الرابع: الغاية من التشريع الوضعي

إن القانون يقوم على فكرة الغاية، مثله مثل العلوم الأخرى، من العلوم الإنسانية، ولكل علم منها معياره الخاص، وهي علوم غائية يسعى كل علم إلى إدراكها، وغاية القانون تحقيق العدل وضبط سلوك الأفراد، وربط ذلك بالأمن والاستقرار ومصلحة الجماعة. كما أن معيار القاعدة القانونية، سواء كانت وضعية أو عرفية، وأيا كان مصدرها، تعبر هذه الغاية عن أفكار وطموحات، وآمال مجتمع من المجتمعات في زمان ومكان معين. كما نجد فكرة المقاصد (الغاية) في التشريع الوضعي، مستعملة في الاجتهاد القضائي، وفي استعمالات المذكرات الإيضاحية، والتفسيرية للقانون، فضلا عن رجوع الفقه القانوني لها في مباحث فلسفة القانون، حيث توجد عبارات مثل: روح القانون (قصد المشرع) وغاية التشريع أو هدفه، مما يطرح التساؤل عن مضمون دلالتها، وأهمية تفصيلها في فهم النص وتفسيره وإعماله.

#### المطلب الأول: معنى الغاية

إن وراء كل قاعدة قانونية، اعتبارات غائية، تتحكم في وضعها، فالتقنين - شرعية كانت أم وضعية - إنما وضعت لتكون خادمة للقيم، التي يراد لها أن تسود في حياة الناس، وخاصة قيم العدالة، والمساواة، والحرية، والنظام والتقدم.

#### الفرع الأول: تعريف الغاية لغة

جاء في كتب اللغة تعريف الغاية، ويقصد بها النهاية، التي يصل إليها الشيء منها: « مأخوذة من مادة غَيَّيَ، وألْفَه ياءً، وهو من تأليف غَيِّنٍ وِباءَيْنِ، وتَصْغِيرُهَا، الغاية مَدَى الشيء والغاية أَقْصَى الشيء، وغاية كلِّ شيءٍ مُنْتَهَاهُ »<sup>(1)</sup>.

#### الفرع الثاني: تعريف الغاية اصطلاحاً

نجد تعريف الغاية في كتب المعاجم منها: « الغاية (...) ما لأجله وجود الشيء، وتطلق على الحد النهائي الذي يقف العقل عنده، وعلى التمام أو الكمال المقصود تحقيقه، والمصير المراد بلوغه، وقد تطلق الغاية على كل مصلحة، أو حكمة تترتب على الفاعل، من حيث إنها على طرف الفعل ونهايته، وتسمى فائدة أيضاً »<sup>(2)</sup>.

(1) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج15 ص143، مادة (غيا)، والرازي، مختار الصحاح، ص448، مادة (غ ي ا).

(2) ينظر: جميل صليبا، المعجم الفلسفي، ص120.

وهي عند الأصوليين : «نهاية الشيء المقتضية، لثبوت الحكم قبلها، وانتفائه بعدها»<sup>(1)</sup>.  
والغاية هو مد الحكم يالى أو حتى، وغاية الشيء آخره<sup>(2)</sup>.  
غير أن هذا التعريف يبدو مبهماً، حيث لم يتعرض إلى الحكم النقيض بعد هذه الغاية.  
ويعرفها آخر بتعريف أكثر دقة وشمولية بقوله: « أنها دلالة النص الذي قُيد بغاية على  
انتفاء ما جاء به من حكم، بعد هذه الغاية وثبوت نقيضه عند ذلك»<sup>(3)</sup>، ثم يوضح هذا  
المفهوم بقوله: « فإن كلمة (حتى) و(إلى) لانتفاء الغاية، والتقييد بحرف الغاية -وكما هو  
معلوم من الوضع اللغوي- يدل على انتفاء الحكم عما وراء الغاية»<sup>(4)</sup>.  
ومن أمثلة القانون: ما ينص عليه كثيراً في النصوص: « يعمل بهذا القانون إلى أن يصدر  
ما يخالفه»<sup>(5)</sup>.

مثال آخر: كما جاء في قانون شأن التفويض التشريعي لدولة الكويت: «ويعمل به من  
تاريخ اليوم الثامن عشر من يوليو سنة 1967م، ويلغي كل ما يخالفه من أحكام»<sup>(6)</sup>.  
ملخص القول، أن الغاية هي المرجع والنهاية والآخر، وهي أحد معاني المآل في اللغة،  
فلاغرو أن يتحد المعنى بين اللفظين؛ لأن ما تقصده الشريعة الإسلامية، من حكم ومعاني  
تنغياعها، هي نفس ما يقصده القانون وينشده، حتى وإن قصر عنه، يقول الشاطبي: « لأن  
الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما تقصد بها أمور أخرى هي معانيها وهي  
المصالح التي شرعت لأجلها»<sup>(7)</sup>.

(1) ينظر: الزركشي، البحر المحيط، ج 3 ص 191.

(2) ينظر: الشوكاني، إرشاد الفحول، ج 2 ص 671.

(3) ينظر: صالح أديب، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، طبعة المكتب الإسلامي، ج 1 ص 724، 725.

(4) ينظر: صالح أديب، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، ج 1 ص 724، 725.

(5) ينظر: السعدي، محمد صبري، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية،  
القاهرة، ط 1، 1979م، ص 540.

(6) القانون رقم 23 لسنة 1967م بتفويض السلطة التنفيذية في إصدار مراسيم لها قوة القانون في بعض الشؤون  
الطارئة الصادر في 27 صفر سنة 1387هـ الموافق 5 من يونيو سنة 1967م، دولة الكويت.

(7) ينظر: الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج 2 ص 375.

### المطلب الثاني: الغايات الأساسية للقانون الوضعي

يقتضي وضع القانون، تنظم العلاقات في القضايا المستجدة، وتلك القواعد تهدف إشاعة الاستقرار أولاً، والعدالة ثانياً، والمزيد من التقدم الحضاري ثالثاً.

#### الفرع الأول: القانون الوضعي غايته تحقيق العدل

إن فكرة العدل<sup>(1)</sup>، هي فكرة قديمة، وتبنتها النظم القانونية قديماً وحديثاً، كغاية يسعى القانون لإدراكها، وهي رغبة أصيلة لدى الإنسان، في إحقاق الحق ورد الظلم في كل زمان ومكان.

ويعتبر العدل فضيلة من فضائل الإنسان، وسلوك من سلوكياته الاجتماعية، ذلك أن الفضيلة، تعني أن الإنسان مستعد بطبعه لفعل الخير، والامتناع عن الشر<sup>(2)</sup>.

ولذلك اعتبر الفلاسفة، وعلى مر التاريخ أن خير تعريف للعدل هو: «العدل هو حمل النفس على إيتاء كل ذي حق حقه، والتزام ذلك على وجه الدوام والاستمرار»<sup>(3)</sup>.

إن التباين في المصالح والأفكار، في المجتمعات تضعها أمام الأزمات التي تعصف بها وتهز أركانها وأسسها، وقد تقودها نحو التنازع، والوقوع في الطريق المسدود، الذي لا يفتح أمام العدل والسلام والاستقرار، التي هي من أهم أمانى وتطلعات الناس.

والعلاقات الاجتماعية المعقدة و المتشابكة، تفرض وجود ضوابط تستوعب التناقضات المتداخلة، والمصالح المتعارضة، وهو ما يعرف بالنظام، ويقصد بالنظام هنا القانون<sup>(4)</sup>.

إن وضوح الغاية من القانون ومعرفة أبعادها يسلب الفرصة من الذين يمتلكون النفوذ والقوة في ترجمة القانون حسب منافعهم الذاتية.

(1) العدل لغة: من عدَل يَعْدِلُ فهو عادِلٌ من عُدولٍ وعدَلٍ بلفظ الواحد وهذا اسمٌ للجمع. رجُلٌ عدْلٌ وامرأةٌ عدْلٌ وعدْلَةٌ. والعدل: خلاف الجور. وهو ما قام في النفوس أنه مُستقيم. ينظر: الجوهري، الصحاح في اللغة، ج5 ص1760، و ابن منظور، لسان العرب، ج11 ص430، و للفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص1030.

العدل اصطلاحاً: هو: « أن تعطي من نفسك الواجب وتأخذه»، ينظر: ابن حزم، الأخلاق والسير، تحقيق: عادل أبوالمعاطي، دار المشرق العربي، القاهرة، ط1، 1408هـ-1988م، ص81.

(2) ينظر: عبد الملك ياس، النظرية العامة، مطبعة العاني، بغداد، 1969م، ص97.

(3) ينظر: حسن الذنون، فلسفة القانون، مطبعة العاني، ط1، 1975م، ص163.

(4) « النظام في المجتمع ليس سلوكاً غريزياً ولا تلقائياً ولكنه ينبجم عن الضبط الاجتماعي ويتوقف عليه»، ينظر: حسن الساعاتي، علم الاجتماع القانوني، دار نشر الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ص13.



كما أن وضع القانون، يرمي في الواقع إلى تنظيم المجتمع، تنظيمًا من شأنه التوفيق بين مصالح الأفراد وحرّياتهم من جهة، وبين المصلحة العامة للجماعة من جهة أخرى<sup>(1)</sup>. ولما كان القانون علمًا اجتماعيًا معياريًا، فإن وضع القانون يتأثر بالعوامل والقيم الاجتماعية، و أن صفة المعيارية لا تجعل منه مجرد علم تفسيري، يصدر الأحكام على الوقائع وفقًا لما تقضي به فكرة السببية، أو مبدأ العلة والمعلول، وإنما علمًا يبحث في الغايات والأهداف الأساسية للمجتمع، وفي ضوء ذلك كان لابد لكل قاعدة قانونية، من غاية وقيمة اجتماعية<sup>(2)</sup>.

إن فكرة الغاية من القانون، هي فكرة تطورت بتطور الفكر الإنساني، والمجتمعات الإنسانية، منذ المرحلة البدائية، إلى العصر الروماني الذي تأثر بالفلسفة اليونانية، إلى العصور الوسطى، إلى عصر النهضة الذي انتشرت فيه أفكار الحرية والمساواة، فقد اعتبرت أن غاية القانون، تأكيد ذات الفرد واثبات حرّيته، وإقامة المساواة الطبيعية والعدل بين أفراد المجتمع<sup>(3)</sup>.

وما نستخلصه مما سبق، أن الغاية من القانون هو تحقيق شيئين اثنين، هما من الأهمية بما كان، الأول: العدل والمساواة في المجتمع، والثاني: تحقيق التقدم الاجتماعي والتطور، وأساسه الاستقرار وهو ما أبينه في الفرع التالي.

### **الفرع الثاني: غاية القانون التقدم الاجتماعي**

القانون يتولى التوفيق بين المصالح المتعارضة، مع مراعاة الإبقاء على أكبر مجال لحرية الفرد والجماعة، ويمكن أن يضحي القانون بالمصالح الخاصة، حماية للمصلحة العامة، وذلك لا يكون، إلا إذا لم يكن هناك سبيل آخر لحماية المصلحة العامة، ويمكن أن يبقى على المصلحة الخاصة دون أن يمسه، وأن لا تؤدي تلك التضحية إلى إعاقة قوى الإنسان الخلاقة، أو

(1) ينظر: مصطفى فاضل كريم الخفاجي، فلسفة القانون عند (أرسطو)، جامعة بابل، مجلة مركز بابل للدراسات الإنسانية، المجلد 4، العدد 02، ص 350، 351.

(2) ينظر: عبد الباقي البكري و زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ط3، 2010م، ص 27-32 وما بعدها.

(3) ينظر: صلاح الدين عبد الوهاب، الأصول العامة لعلم القانون، نظرية القانون، مكتبة عمان، الأردن، 1968م، ص 74.

تكبيرها بالقيود بداعي حماية المصلحة العامة<sup>(1)</sup>.

وتعتبر مسألة تنظيم المصالح المتعارضة، من أهم الاعتبارات التي يجب أن يراعيها واضع القانون؛ لأن القانون الذي تختل فيه حماية المصالح، ويبدو فيه التحيز واضحاً، وغير مبرر لفئة أو طبقة من المجتمع، من أهم عوامل عدم الاستقرار وفقدان الأمن الاجتماعي، وسبباً لعدم الاستقرار<sup>(2)</sup>.

إن عملية وضع القانون تتطلب دراسة الواقع الاجتماعي، والقيم والأوليات التي يقدرها عموم أبناء المجتمع، وهذه متغيرة من مكان إلى آخر، ومن زمن إلى آخر، وكم من التشريعات الإصلاحية فشلت وسقطت عند محاولة تنفيذها؛ لأنها لم تأخذ بالاعتبار القيم الاجتماعية السائدة المضادة للتطور<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثالث: غاية القانون تحقيق الأمن

إن الأمن الاجتماعي، لا يتحقق إلا بعدة وسائل، منها سعى القانون إلى التوفيق بين المصالح المتعارضة، ذلك أنه من الضروري للغاية، تنظيم تلك المصالح المتعارضة حتى لا تعم الفوضى، ويضيع السكون الاجتماعي، إذا ما ترك لكل إنسان مطلق الحرية في تحقيق رغباته وفقاً لمشيئته، أو وفق ما يعتقد أو يظن أنه حقا وعدلا<sup>(4)</sup>.

إن وسيلة فرض الأمن الاجتماعي هي القوة والردع، والاستعانة بأجهزة الأمن العام، لفرضها عند الضرورة، وإذا أردنا أن نحلل قيمة هذه الغاية في النظام القانوني، فلا يسعنا إلا الاعتراف بالقيمة العالية لهذه الغاية في حياة المجتمع، ذلك أن استقرار المجتمع واستتباب الأمن فيه أمر لازم، لاطمئنان أبناء المجتمع على سلامة حياتهم، وأموالهم، وحماية مصالحهم المشروعة<sup>(5)</sup>.

فاستخدام القوة وفق الضوابط القانونية، ودون تعسف ضرورة اجتماعية، لمواجهة

<sup>(1)</sup> ينظر مرتضى معاش، الحاجة إلى القانون، مجلة النبأ، العددان (21-22)، السنة الرابعة 1419هـ، الموقع الإلكتروني، <http://annabaa.org/nba21-22>، تاريخ الزيارة (2015/03/15م).

<sup>(2)</sup> ينظر: صلاح الدين عبد الوهاب، الأصول العامة لعلم القانون، نظرية القانون، ص 36.

<sup>(3)</sup> ينظر: روبرت ألكسي، فلسفة القانون، مفهوم القانون وسريانه، ترجمة: كامل فريد السالك، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط2، 2013م، ص44.

<sup>(4)</sup> ينظر: عمار بوضياف، مدخل للعلوم القانونية، ص34.

<sup>(5)</sup> ينظر: عبد الرحمن بدوي، فلسفة القانون والسياسة عند هيجل، دار الشروق، ص69، 70.

مظاهر الإجرام، والخارجون عن القانون، وحب الذات المفرط، الذي لا يتلاءم مع طبيعة العلاقات الاجتماعية، والذي يفرز تصرفات سيئة كأخذ الربا والاحتكار والإجرام<sup>(1)</sup>.

و هناك من يرى أن كل سلوك، لا بد أن يحدده القانون، وعندما لا يكون سلوك الفرد ممنوعاً قانوناً، فهو مسموح به قانوناً، بشكل غير مباشر، وبتعبير آخر حسب وجهة النظر هذه، أن القانون لا يمكن أن يحتوي على ثغرات<sup>(2)</sup>.

إن غاية الأمن والاستقرار، تبنى على أساس الأوضاع الظاهرة التي تجسد الحقيقة القانونية، والوضع الظاهر قد يتطابق مع الحقيقة وقد لا يتطابق، والحقيقة القانونية هي المعترف بها ابتداءً ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك<sup>(3)</sup>.

### **المطلب الثالث: فلسفة التشريع الوضعي في ضوء مقاصد الشريعة**

إن ما يميز المجتمعات عن غيرها، هي طبيعة منظومتها التشريعية، وآلياتها في وضع القوانين لما يستجد من قضايا، ومتغيرات عبر الزمان والمكان، وقد أثبت الواقع الفقهي والعملي، أن التشريع الإسلامي متميز في أسسه وأهدافه، عن كثير من المنظومات القانونية؛ ويرجع الفضل في ذلك إلى ثراء مصادره، وتعدد مناهج الاستنباط فيها، ومراعاة فقهاء لمقاصد وضعه، في جلب المصالح ودفْع المفساد<sup>(4)</sup>..

### **الفرع الأول: الفهم المقاصدي للنصوص الشرعية والوضعية**

إن أي تشريع متعلق بتنظيم حياة الإنسان، وسلوكه داخل الجماعة، يكون في أصل وضعه، مبنياً على غاية يريدتها واضعها أن يحققها، في حياة المخاطبين بهذا القانون الوضعي، وتلك الغاية هي المقصودة من تشريعه ووضعه، في جملته وتفصيله؛ لا فرق بين أن يكون هذا

(1) ينظر: صلاح الدين عبد الوهاب، الأصول العامة لعلم القانون، نظرية القانون، ص 111 وما بعدها.

(2) ينظر: ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، مجلة مصر المعاصرة، السنة 59، العدد 333، ص 166 وما بعدها.

(3) ينظر عليان بوزيان، مقاصد القانون الوضعي في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية، بحث: منشور في مجلة المسلم المعاصر، مصر، الموقع مجلة المسلم المعاصر، الموقع: <http://almuslimalmuaser.org> تاريخ الزيارة 2014/6/29م.

(4) ينظر عليان بوزيان، مقاصد القانون الوضعي في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية، بحث: منشور في مجلة المسلم المعاصر، العدد 150، السنة 2013م، القاهرة، مصر، الموقع مجلة المسلم المعاصر، الموقع:

<http://almuslimalmuaser.org> تاريخ الزيارة 2014/6/29م.

القانون قانونا وضعيا، أو كان تشريعا سماويا<sup>(1)</sup>.

والإسلام جاء لتحقيق مصالح الإنسان وحقوقه، وإرساء القيم الإنسانية، التي تمثل أعظم مقاصد الشريعة، وأهداف التشريع، كما أن مصالح الناس، ومقاصد الشريعة وجهان لحقيقة واحدة، وهي سعادة الإنسان في الدارين<sup>(2)</sup>.

قد وضعت الشريعة للمحافظة على الضرورات الخمس، وهي: الدين والنفس والنسل والمال والعقل<sup>(3)</sup>، وهو عين ما يذكر في التشريعات الوضعية، بالرغم من احتكار الدولة وظيفة التشريع، ووضع القواعد القانونية في أغلب الحالات والأوضاع.

إلا أن للمقاصد وجود في تلك القيم، التي تتكشف عن بعض عبارات في النص القانوني، كتحقيق العدل، وحماية الحرية ومراعاة الفطرة، وحسن النية، والسماحة والعفو، والمساواة، والعدالة الاجتماعية، وحماية حرية العقيدة، وحفظ النفس، والعرض والمال والنسب، أو الحقوق الاجتماعية والاقتصادية<sup>(4)</sup>.

على الرغم من نسبية هذه القواعد، وعدم إحاطتها بكل أبعاد هذه الضروريات، فإنه يحتاج القانون إلى التعديل، كلما دعت الضرورة لذلك وحصل تطور جديد في المجتمع<sup>(5)</sup>. والمقاصد نظام تشريع، يهتدي به لإدراك مراد المشرع في تنظيم الحياة، ولما كانت الحياة التي تحكمها هذه القوانين متغيرة، فإن تحقيق المقاصد العليا، لا يتحقق إلا بأن تلهث

(1) ينظر: عبد المجيد النجار، مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، دار الغرب الإسلامي، ط2، 2008م، ص5.

(2) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج2ص5.

(3) الضرورات الخمس: معناها أنها لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهارج وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين... ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج2ص17، 18.

(4) ينظر: سميح عبد الوهاب الجندي، أهمية المقاصد في الشريعة الإسلامية، دار الإيمان، الإسكندرية، ص148-150.

(5) المادة (54)، من قانون الأسرة تجيز الخلع «يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم» لكن ما أعلنته مؤخر وزارة العدل من أن الخلع ارتفع من 3 آلاف إلى 10 آلاف حالة سنويا، مما أثر سلبا على تماسك الأسرة في الجزائر، مما دعا المعنيين بالأمر إلى إعادة النظر في هذا القانون. تصريح قدمته وزيرة التضامن والأسرة، عبر الإذاعة الجزائرية، بتاريخ 08/03/2015م على الساعة 09 و11 دقيقة الموقع:

<http://www.radioalgerie.dz> تاريخ زيارة الموقع، (2015/4/15م)

القوانين خلف المتغيرات لكي تسايرها، قبل أن تصبح قوانين متخلفة عاجزة، عن تحقيق ما وضعت لأجله، فيكون تفعيل المقاصد وإعمال «روح القوانين» هو المخرج من أزمة التغير والتبدل<sup>(1)</sup>.

إن مقاصد الشريعة الإسلامية هي مقاصد ثابتة وقطعية، لا توجد بنفس الشكل في القوانين الوضعية عند وضعها، وهذا ما نلاحظه في تلك القوانين إذ يغلب عليها الظرفية، وغايات إنسانية، ومصالح دنيوية متناقضة، بعيدة عن الموضوعية والحياد<sup>(2)</sup>.

وفي ظل عدم حياد المشرع، يصعب الوصول ومعرفة مقاصد المشرع القانوني ونواياه، وفي جميع الأحوال يجب مراعاة البعد المقاصدي، في فهم النصوص القانونية وتفسيرها، على اعتبار أن المقاصد لا تُبحث في الأحكام، ولكن في أهداف الأحكام، ومآلاتها الشرعية، وتحصيل الثمرات المرجوة منها، والمتمثلة في المصلحة المأمور جلبها، والمفسدة المطلوب درؤها، أو رفعها، حال التوقع أو الوقوع، وهو أهم تشوف لدى الشارع من الاهتمام بمجرد معرفة الأحكام ذاتها، يقول الشاطبي: «لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما تقصد بها أمور أخرى هي معانيها وهي المصالح التي شرعت لأجلها»<sup>(3)</sup>.

إن جوهر المقاصد هو حفظ المصلحة مطلقاً، في رahnها وفيما ستؤول إليها نتائجها، فإذا كان في أصول القوانين الوضعية، ثمة ما يسمى بإرادة المشرع، فإن في أحكام الفقه الإسلامي ما يسمى بمقاصد الشريعة، وثمة بون شاسع لصالح الثاني ولاشك، وقد قام علماء أصول الفقه بجهود جلييلة القدر، وصرفوا جهودهم للبحث في المقاصد، والتععيد لها والتأصيل لمبادئها<sup>(4)</sup>.

وإذا كان مثل هذا الصنيع واضحاً، في أصول فلسفة القوانين الوضعية، فإنه في أحكام الفقه الإسلامي، المعتمد على أصول الشريعة أشد بياناً، وأكثر وضوحاً وضبطاً، فالدور التيموي التشريعي لعلم المقاصد، من الضرورات العملية، التي نحتاج إليها في العصر الحديث، بخلاف الدور الذي تضطلع به فلسفة القانون، ذلك أن القوانين ليست (غاية) في

<sup>(1)</sup> ينظر عليان بوزيان، مقاصد القانون الوضعي في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية، بحث: منشور في مجلة المسلم المعاصر، مصر، الموقع مجلة المسلم المعاصر، الموقع: <http://almuslimalmuuser.org> تاريخ الزيارة 2014/6/29م.

<sup>(2)</sup> ينظر: مصطفى فاضل كريم الخفاجي، فلسفة القانون عند (أرسطو)، ص 351، 350.

<sup>(3)</sup> ينظر: الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج 2 ص 375.

<sup>(4)</sup> ينظر: فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، ص 467 وما بعدها.

ذاتها، وإنما هي مجرد (وسيلة) لتحقيق خير (الإنسان والإنسانية)، وحتى يتحقق ذلك يجب أن يتحقق التوافق بين قصد المكلف، وبين قصد الشارع<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: رعاية المصلحة في التشريعين الوضعي والإسلامي

إن مصالح العباد تعتبر المحور العام للمقاصد، ولقد جاءت من أجله الشريعة<sup>(2)</sup>، جاء في البرهان: « ومن لم يتفطن لوقوع المقاصد في الأوامر والنواهي، فليس على بصيرة في وضع الشريعة<sup>(3)</sup>، ذلك أن: « معظم مقاصد القرآن الأمر باكتساب المصالح وأسبابها، والزجر عن اكتساب المفسد وأسبابها<sup>(4)</sup>، ثم يؤكد هذا المعنى بقوله: « والشريعة كلها مصالح، إما تدرأ مفسد، أو تجلب مصالح<sup>(5)</sup>».

يقول الشاطبي: «والمعتمد إنما هو إنا استقرينا من الشريعة أنها وضعت لمصالح العباد..»<sup>(6)</sup>. ويقول: « إن وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معا<sup>(7)</sup>، ومن ثم تقرر لدى الفقه المقاصدي، أن مصالح الإنسان هي روح المقاصد الشرعية، بحيث تكون المقاصد والمصالح هي الغاية من الشريعة<sup>(8)</sup>.

إن إعطاء صفة المشروعية من عدمها، في الوقائع والسلوكيات الفردية والجماعية، هو بما يتضمنه الفعل من الصلاح والفساد: « إن تحصيل المصالح المحضه، ودرء المفسد المحضه، عن نفس الإنسان وعن غيره محمود حسن، وأن تقديم أرجح المصالح فأرجحها محمود حسن، وأن درء أفسد المفسد فأفسدها محمود حسن، وأن تقديم المصالح الراجحة على المفسد المرجوحة محمود حسن، وأن درء المفسد الراجحة على المصالح المرجوحة محمود حسن<sup>(9)</sup>»، تذكيراً لهم

(1) ينظر: بكر محمد ابراهيم أبوحديد، دور المقاصد في توجيه الحكم بين العزيمة والرخصة، رسالة ماجستير في أصول الفقه، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، سنة 1430هـ - 2009م، ص 46.

(2) ينظر: راشد الغنوشي، الحريات العامة في الدولة الإسلامية، ص 358.

(3) ينظر: أبو المعالي الجويني، البرهان، دار الجيل، بيروت، ط 2، 1400هـ - 1980م، ج 1 ص 206.

(4) ينظر: الجويني، البرهان، ج 1 ص 8.

(5) ينظر: الجويني، البرهان، ج 1 ص 11.

(6) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج 2 ص 12.

(7) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج 2 ص 9.

(8) ينظر: عبد النور بزا، مصالح الإنسان مقارنة مقاصدية، الناشر المعهد العالمي للفكر الإسلامي؛ ط 1، 2008م، ص 36.

(9) ينظر: العزيز عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج 1 ص 6.

بأن ربهم لا يريد إلا صلاحهم دون نكايتهم<sup>(1)</sup>.

يقول القرافي: « إن كل تصرف لا يترتب عليه مقصوده لا يشرع<sup>(2)</sup> ».

ومع تقارب مقاصد القانون، مع مقاصد الشريعة فإن هناك إشكالية، لا يمكن حلها في الفكر المقاصدي الوضعي، وهي أن القانون ورغم ما يقوم به من دور أساسي في حفظ لحمية المجتمع، والحفاظ على استقراره وتماسكه، عن طريق توفير العدالة والأمن والحرية، عبر الالتزام بالنظام، والقواعد التي تأمر بها السلطة العليا، إلا أنها تبقى مقاصد على المستوى النظري، ولن تتحقق في ظل نسبية العقل الإنساني في إدراك الحقائق<sup>(3)</sup>.

إن الواقع العملي أثبت عدم قدرة الكثير من الدساتير، والقوانين الوضعية عن تحقيق المثل العليا التي تنغيها النصوص، بل أنها في بعض الأحيان تنحرف عما وضعت له، وهذا الأمر يرتبط بالجواهر الذاتي للقانون الوضعي، ومفهومه المعنوي، ولا يتوقف على الكيفية السليمة التي تتم في تنفيذه، ولذا فإن مفهوم العدل هنا لا يكون إلا نسبياً وضيقاً<sup>(4)</sup>.

ومن هنا يتميز القانون الإلهي بأنه أقدر على تحقيق العدل والأمن، والاستقرار والحرية، باعتباره يمتلك الموضوعية المحايدة في التشريع والتقنين.

### الفرع الثالث: ضوابط المصلحة في الفكرين الوضعي والإسلامي

إن أهمية إدراك فلسفة التشريع، في ضوء مقاصد الشريعة للمشرع وللفقيه، وللقاضي، تتجلى في التمييز بين الأصول والفروع، وبين الكليات والجزئيات، غير أنه من الواجب التنبيه إلى أمر دقيق، وهو اختلاف ضوابط المصالح المستجلبة، والمفاسد المستدفة، فهي في الفكر المقاصدي الإسلامي، لا يكون تقريرها وفق أهواء النفوس، في جلب مصالحها العادية، ودرء مفاسدها العادية<sup>(5)</sup>.

وهو ما يتطلب في الناظر إلى تقريرها، والترجيح بينها أن يكون على بصيرة علمية دقيقة، ومعرفة بالواقع واسعة وشاملة، ليتمكن المشرع، أو المفتي، أو القاضي من تحقيق مقاصد الشريعة التي جاءت. « بتحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها وأنها ترجح

(1) ينظر: الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، ج2 ص350.

(2) ينظر: القرافي، الفروق، ج3 ص135، القاعدة 153.

(3) ينظر: ميشيل تروبير، فلسفة القانون، ترجمة: جورج سعد، دار النوار، ص93.

(4) ينظر: ميشيل تروبير، فلسفة القانون، ص16.

(5) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج2 ص37-40.

خير الخيرين وشر الشرير وتحصل أعظم المصلحتين بتفويت أدناهما وتدفع أعظم المفسدتين باحتمال أدناهما»<sup>(1)</sup>.

كما أن تفسير النصوص الشرعية، وبيان مدلولاتها، يمكن التمييز بصفة عامة بين اتجاهين رئيسيين في فهم النصوص الشرعية، ويتعلق الأمر بالاتجاه الظاهري الحرفي، والاتجاه المقاصدي الغائي: «إن تفسير النصوص الشرعية يتجاذبه عادة اتجاهان: اتجاه يقف عند ألفاظ النصوص وحرفيتها، مكتفياً بما يعطيه ظاهرها، واتجاه يتحرى مقاصد الخطاب ومراميها»<sup>(2)</sup>.

ويمثل الاتجاه الأول أصحاب المدرسة الظاهرية، التي من أهم خصائصها الأخذ بالظاهر وعدم الالتفات إلى ما وراء تلك النصوص و الإجماعات، من أسرار ومقاصد وتعليل ونظر بوجه عام<sup>(3)</sup>.

العبرة عند أهل الظاهر بألفاظ وعبارات النصوص الشرعية ومنطوقها، وليس بتعليل هذه النصوص وأحكامها، أو البحث في حكمها ومقاصدها<sup>(4)</sup>.

أما الاتجاه الثاني فتمثله المدرسة المقاصدية، وهذا الاتجاه يستند إلى التسليم العام، كون الشريعة لها مقاصد وحكم، في عموم أحكامها ونصوصها، منطلقه أن العلم بمقاصد الشريعة ليس مقصوداً لذاته، وإنما يُرادُّ به إعماله واستثماره، في فهم النصوص الشرعية وتوجيهها في اختيار المعنى المناسب لها، وبذلك تكون النصوص الشرعية، أهم مجال في إعمال النظر المقاصدي<sup>(5)</sup>، وفي هذا المعنى: «أدلة الشريعة اللفظية لا تستغني عن معرفة المقاصد الشرعية»<sup>(6)</sup>.

والدقة في هذا المبحث، تكمن في أنّ المصالح والمفاسد متشابكة متداخل، قلّما تخلص إحداهما، دون أن تعلق بها شائبة من الأخرى: «اعلم أنّ الأسباب الدنيوية مختلطة: قد امتزج خيرها بشرها، فقلما يصفو خيرها، ولكن تنقسم إلى ما نفعه أكثر من ضره، وإلى ما

(1) ينظر: ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج20 ص48.

(2) ينظر: أحمد الريسوني، مدخل إلى مقاصد الشريعة، المكتبة السلفية، ط1، 1996م، ص 8-9.

(3) ينظر: نور الدين الخادمي، الدليل عند الظاهرية، دار ابن حزم، ط1، 2000م، ص39.

(4) ينظر: نور الدين الخادمي، الدليل عند الظاهرية، ص39.

(5) ينظر: أحمد الريسوني، الفكر المقاصدي، قواعده وفوائده منشورات جريدة الزمن، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1999م، ص 92.

(6) ينظر: الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة، ص847.



ضره أكثر من نفعه، وإلى ما يكافئ ضرره نفعه»<sup>(1)</sup>.

وعلى من يتصدى لوضع القوانين والتشريعات، بصفة عامة أن يبذل الجهد و يستفرغ الوسع في ضوء المقاصد الشرعية، حتى يتبين له ما ينبغي أن يقدم، وما ينبغي أن يؤخر، قال ابن تيمية: « اعلم أن تعليق الأحكام بالأسباب المقتضية حصول المصالح من الأحكام أمر مضبوط، فأما الحكم والمصالح فإن تعليق الأحكام بها عسير؛ لكونها قد تكون خفية، وقد تكون غير مضبوطة »<sup>(2)</sup>.

إن تقديم الكلي على الجزئي، تقديم لا ضابط له، معادلة غير ممكنة التحقيق يقول الشاطبي: «إن الجزئيات لو لم تكن معتبرة مقصودة في إقامة الكلي، لم يصح الأمر بالكلي من أصله؛ لأن الكلي من حيث هو كلي لا يصح القصد في التكليف إليه، لأنه راجع لأمر معقول لا يحصل في الخارج إلا في ضمن الجزئيات»<sup>(3)</sup>.

كما أن التعسف في تفسير المقاصد، ينبئ عن خلل في منهج الإدراك والفهم، فالحرص على المقاصد محمود، لكن الخروج به عن حد الاعتدال أمر مذموم، وفقه التنزيل ليس فقط هو تحري المقصد، وإنما هو تحري ما يؤول إليه تنزيل المقصد، من استقامة في التطبيق، أو جور على الأدلة الجزئية أو الأحكام الشرعية<sup>(4)</sup>.

ولا يخفى أهمية الارتكاز، على إدراك المصلحة المعتبرة في النص القانوني في سلامة التفسير القانوني، ومعرفة إرادة المشرع الحقيقية منه، ومن ثم الجمع بين النصوص بدلا من الترجيح بينها، وفي الفكر الوضعي فإن ضوابط المصلحة غير معتبرة، فكل ما فيه منفعة للفرد، فهو مصلحة ما لم يكن ضارا بمصلحة المجموع<sup>(5)</sup>.

وهنا يظهر التباين بين ما يعد مفسدة، وما يعد مصلحة في الشرائع السماوية والوضعية، الناظر في حقيقة التشريع الوضعي، يجده يحقق أهداف فئة معينة فقط في المجتمع ويضر بالكثير، كما أن التشريع الوضعي، وبحكم أنه قابل للتعديل والتغيير في كل لحظة، وهذا

(1) ينظر: أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، دار المعرفة، بيروت، ج4 ص100.

(2) ينظر: الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 231، 232.

(3) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج2 ص97.

(4) ينظر: يوسف حميتو، المقاصد ونقد منهج أعمال الكلي وإهمال الجزئي، على الربط بتاريخ: 2012/09/14م <http://nama-center.com> ، تاريخ زيارة الموقع (2015/3/10م)

(5) ينظر: ميشيل تروبير، فلسفة القانون، ص97.

التعديل يحقق مصالح الجماعة، أو الفرد أو ذوي النفوذ والسلطان، فلا ينظر فيها إلى مقاصد أو هدف معين، ومن ثم فلا نكاد نجد نظرية المقاصد، موجودة في القانون الوضعي بالمعنى الحقيقي<sup>(1)</sup>.

ومع سلامة هذا المقصد في النظام القانوني، فإن الإشكال الذي يطرحه هو: ما هي المرتكزات التي يستند عليها في تقييم المصالح، وما هي الأولويات التي يجب أن يراعيها المشرع وهو بصدد تنظيم المصالح المتعارضة؟<sup>(2)</sup>.

لقد قيل بمعيار المصلحة العامة، فكلما كانت المصلحة الفردية أقرب إلى المصلحة العامة كانت هي لها الأولوية في التقديم على غيرها، غير أنه معيار ذو مفهوم مرن وغامض، وغير منضبط، وكبديل له يقترح الفقيه (روسكو باوند) معياراً عملياً عاماً، هو وجوب اشتغال الحل على أكبر قدر من المصالح بأقل تضحية ممكنة، واعتماداً على هذا المعيار فإن جميع المصالح يمكن النظر إليها على أنها في مستوى واحد، أو أنها لا تخضع للمعايرة من حيث ترتيب الأهمية<sup>(3)</sup>.

بيد أن هذا المعيار بدوره صعب التطبيق؛ لأن وضع الحقوق والمصالح في مستوى واحد غير ممكن؛ لأنها تحمل صفة التعارض في ذاتها، يقول الشاطبي: «إذا تعارض أمر كلي وأمر جزئي؛ فالكلي مقدم؛ لأنّ الجزئي يقتضي مصلحة جزئية، والكلي يقتضي مصلحة كلية، ولا ينخرم نظام في العالم بانخرام المصلحة الجزئية، بخلاف ما إذا قدم اعتبار المصلحة الجزئية؛ فإنّ المصلحة الكلية ينخرم نظام كليتها»<sup>(4)</sup>.

حيث أن الأصل في النصوص التشريعية، هو ألا تُحمل على غير مقاصدها، وألا تُفسر عباراتها بما يخرجها عن معناها، ومن ثم فإن أعمال القضاء لسلطته في مجال التفسير التشريعي، يقتضي ألا يعزل نفسه عن إرادة المشرع، بل عليه أن يستظهر هذه الإرادة، مستعيناً في ذلك بالتطور التاريخي للنصوص القانونية، التي تفسرها تفسيراً تشريعياً، وكذلك بالأعمال التحضيرية الممهدة لها، سواء كانت هذه الأعمال قد سبقتها أو عاصرتها، باعتبار

<sup>(1)</sup> ينظر عليان بوزيان، مقاصد القانون الوضعي في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 63 - 152.

<sup>(2)</sup> ينظر: حسن علي الذنون، فلسفة القانون، ص 159 وما بعدها، وعبد الملك ياس، النظرية العامة للقانون، ص 109، وصالح الدين عبد الوهاب، الأصول العامة لعلم القانون، نظرية القانون، ص 36.

<sup>(3)</sup> ينظر: عبد الملك ياس، النظرية العامة للقانون، ص 109، 110.

<sup>(4)</sup> ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج 1 ص 498.

أن ذلك كله مما يعينه على استخلاص مقاصد المشرع، التي يفترض في النص محل التفسير أنه يعكسها معبرا بأمانة عنها<sup>(1)</sup>.

### المطلب الرابع: مآلات الأحكام في القوانين الوضعية

يعتبر القانون، تعبير حي عن المجتمع وتطلعاته، كما هو تعبير عن السياسة العامة للدولة ومبادئها، والقيم التي تتبناها، فعند عدم ملائمة النص القانوني للحياة الاجتماعية والسياسية السائدة في الدولة حين تطبيقه، فإننا سنكون أمام ما يسمى بالقصور التشريعي، أو الانتقادي أو الغاية<sup>(2)</sup>.

ولحل هذا القصور أو عدم الملائمة، يلجأ إلى تفسير القواعد القانونية، بما يلائم الحالة المعالجة، وتفسير النصوص لا يعني النظر إلى ظاهر النصوص، وإنما يقتضى الغوص في أعماقه ومعرفة دلالاته، من أجل كشف المعنى الحقيقي للقاعدة القانونية للوصول إلى خبايا النص<sup>(3)</sup>. ومن أهم الحالات التي يحتاج فيها المشرع، إلى استعمال التفسير؛ من أجل وضع حلول لبعض المشاكل؛ التي تعترى بعض النصوص القانونية، مثل حالة الغموض، أو وجود خطأ مادي، أو قانوني في النص، أو حالة النقص، أو التعارض، أو غيرها<sup>(4)</sup>.

(1) ينظر: ميشيل تروبير، فلسفة القانون، ص 110.

(2) ينظر عليان بوزيان، مقاصد القانون الوضعي في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية، بحث: منشور في مجلة المسلم المعاصر، مصر، الموقع مجلة المسلم المعاصر، الموقع: <http://almuslimalmuuser.org> تاريخ الزيارة 2014/6/29م.

(3) ينظر: روبرت ألكسي، فلسفة القانون، ص 24-29.

(4) من أمثلة الخطأ المادي ما ورد في المادة (220) من القانون المدني الجزائري: «إذا برئت ذمة الدائن قبل أحد الدائنين المتضامنين لسبب غير الوفاء فلا تبرأ ذمته قبل الدائنين الآخرين إلا بقدر حصة الدائن التي برئت ذمته من أجله»، الخطأ هنا في كلمة الدائن والصواب هو المدين حتى يؤل الحكم إلى الصحيح. أما الخطأ القانوني ورد في المادة (92) القانون المدني الجزائري: «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً و محققاً»، محققاً خطأ، بل يكفي أن يكون وجوده ممكناً لا مستحيلاً استحالة مطلقة.

مثال عن النقص في النص القانون، ما جاء في المادة (124) مدني جزائري الأمر رقم 75-58: «كل فعل أيا كان يرتكبه المرء و يسبب ضرراً للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض» ثم عدلت بالأمر رقم 05-10 ب: «كل عمل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضرراً للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض».

وحالة التعارض النصوص القانوني نجد التناقض بين المادة (41فقرة1) و المادة (43) من نفس القانون المدني الصادر بأمر رقم 75-58، التعارض الذي كان موجودا هو أنه اعتبر المعتوه تارة عديم الأهلية وأخرى ناقص الأهلية، وهو ما صححه في التعديل الجديد.

ففي هذه الحالة على القاضي، أن يعبر عن إرادة المشرع، والوقوف على المعنى الدقيق لمقصود المشرع، والاستدلال على الحكم القانوني، وعلى الحالة النموذجية التي وضع لها هذا الحكم.

وحتى يتطابق الحكم مع الغاية، التي وضع لها النص القانوني، يلجأ القاضي في مثل هذه الحالات إلى عدة وسائل لبلوغ الغاية من الحكم، منها ما هو من الوسائل الداخلية، كال تفسير اللفظي، أو الاستنتاج بطريق القياس، أو الاستنتاج بمفهوم المخالفة، أو الاستنتاج من باب أولى، ومنها ما هو من وسائل التفسير الخارجية كالحكمة من التشريع، و الأعمال التحضيرية، و المصادر التاريخية<sup>(1)</sup>.

وما أستخلصه في هذا المبحث ما يلي:

- إن القانون له غاية وهدف، وهو التطبيق الأمثل له، وتحقيق العدالة، دون تعسف أو ظلم، ولا يتحقق هذا إلا بتطابق إرادة المشرع، مع روح القانون.
- إن القوانين الناقصة، أو التي يعترها غموض، أو يوجد بها تناقض هي سبب من

---

(1) - التفسير اللفظي: ويقصد به الوقوف على المعنى اللغوي والاصطلاحي للنص القانوني لمعرفة قصد المشرع.  
- الاستنتاج بطريق القياس: وهو تطبيق حكم وارد في حالة معينة على حالة أخرى مشابهة لم يرد في حكمها نص، وذلك لاتحاد العلة في الحالتين.  
- الاستنتاج بمفهوم المخالفة: ويكون بتطبيق ومنح واقعة غير منصوص عليها في القانون عكس الحكم الذي أعطي لواقعة منصوص عليها فيه لوجود اختلاف في العلة أو لانتفاء شرط من الشروط المعتبرة في الحكم.  
- الاستنتاج من باب أولى: وهو تطبيق حكم وارد في حالة معينة على حالة أخرى لم يرد في حكمها نص لأن علة الحكم الوارد في الحالة الأولى أو سببه متوفران في الحالة الثانية ولكن لأنهما أكثر توافرا في هذه الحالة منهما في الحالة الأولى  
- الحكمة من التشريع: هي تحري الغاية النهائية التي يقصدها المشرع من وضع التشريع.  
- الأعمال التحضيرية: وهي مجموعة المذكرات التفسيرية ومناقشات المجالس التشريعية، ومحاضر جلسات هذه المجالس وأعمال اللجان التي تقترن عادة بالتشريعات عند تحضيرها وهذه الوثائق تفيد المفسر لمعرفة قصد المشرع الحقيقي عند وضع النص ولذا فان الرجوع إليها يكون على سبيل الاستئناس.  
- المصادر التاريخية: في حالة غموض النص الوطني، على المفسر الرجوع إلى القانون الأجنبي الذي يمثل الأصل التاريخي الذي استقي منه النص. ينظر: عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، الجزائر، دار ربحانة، ط2، 2000م، ص203-212، وغالب علي الدودي، المدخل إلى علم القانون، ص218-220.

أسباب التعسف، وإهدار الحقوق وفقدان التوازن والأمن في المجتمع، وهو مناف للغاية من التشريع وضد روح القانون.

- العمل بمقتضى القانون الطبيعي، واعتبار الفطرة الإنسانية في الشريعة الإسلامية، يقرب التوافق بينهما في وجود قيم معيارية علوية حاکمة على التشريع فيهما.

- تقارب مقاصد القانون مع مقاصد الشريعة، والتي تمثل في أن القانون، ورغم ما يقوم به من دور أساسي في حفظ لحمة المجتمع، والحفاظ على استقراره وتماسكه، عن طريق توفير العدالة والأمن والحرية، عبر الالتزام بالنظام والقواعد، التي تأمر بها السلطة العليا، إلا أنها تبقى مقاصد على المستوى النظري، فالواقع العملي أثبت عدم قدرة الكثير من الدساتير، والقوانين الوضعية، عن تحقيق المثل العليا التي تنبئها النصوص<sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> ينظر عليان بوزيان، مقاصد القانون الوضعي في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية، بحث: منشور في مجلة المسلم المعاصر، مصر، الموقع مجلة المسلم المعاصر، الموقع: <http://almuslimalmuaser.org> تاريخ الزيارة 2014/6/29م.

# الفصل الثالث

**مبدأ اعتبار المآل في فقه الأقليات ودوره في حل  
التنازع بين القوانين**

**المبحث الأول: دور اعتبار المآل في فقه الأقليات  
المبحث الثاني: اعتبار المآلات وسيلة لحل التنازع  
بين القوانين**

**المبحث الثالث: اعتبار المآل كآلية لحل تنازع  
القوانين بشأن المسائل الشخصية  
المبحث الرابع: الحلول العملية لتنازع القوانين في  
المسائل الشخصية ذات الأثر المالي**

### الفصل الثالث: مبدأ اعتبار المآل في فقه الأقليات ودوره في حل التنازع بين القوانين

لم يكن مصطلح (فقه الأقليات) معروفا في القرون الماضية، بل ظهر حديثا مع تزايد ظاهرة الهجرة إلى الدول الأجنبية، وتفاقم مشاكلها بشكل تدريجي؛ مما أثر سلبا على وضعيتهم الدينية والسياسية والاجتماعية والثقافية...، بيد أن المشاكل الدينية هي التي تزداد حدة وصعوبة وتعقيدا، وتتطلب حلولاً مستعجلة، خاصة أن هذه الأقليات تعيش بين أقوام متعددة دياناتهم (وثنية، ويهودية، نصرانية، وملحدة...).

وقد استوجب هذا الواقع الشائك، وجود فقه خاص بالأقليات، يسمى فقه المغتربين، أو فقه المسلمين في غير المجتمع الإسلامي، كونه يبين علاقة المسلم بالآخر الأجنبي، على مستوى المعاملات والعبادات، والتفاعل الأخلاقي.

ولمعرفة كيف عالج الإسلام واقع الأقليات، لابد من النظر في مآلات الأحكام، التي يقرها الفقهاء، ثم معرفة الآلية التي تصاغ بها الأحكام، سواء من الناحية الفقهية أو القانونية، مع ضرب بعض الأمثلة، فيما يتعلق بأحوال الأسرة الشخصية، وذات الأثر المالي.

المبحث الأول: دور اعتبار المآل في فقه الأقليات

المبحث الثاني: مبدأ اعتبار المآلات آلية لحل التنازع بين القوانين

المبحث الثالث: اعتبار المآل كآلية لحل تنازع القوانين بشأن المسائل الشخصية

المبحث الرابع: الحلول العملية لتنازع القوانين في المسائل الشخصية ذات

الأثر المالي

#### المبحث الأول: دور اعتبار المآل في فقه الأقليات

لا يوجد في التشريع الإسلامي، من النصوص المباشرة، ما هو متعلق بأحوال الأقليات إلا القليل، كما لا يوجد في الفقه الإسلامي، ما يتعلّق بذلك أيضا إلا ما هو قليل أيضا؛ لأن الفقه كان يعالج في الأكثر أحوال الواقع، ولم تكن الأقليات المسلمة في عهد الازدهار الفقهي واقعا ذا بال، بحيث تُعالج أوضاعها باجتهاد فقهي واسع، فلما أصبحت تلك الأقليات واقعا ملحوظا، كما هو حال المسلمين الباقين بالأندلس بعد سقوطها، كان الفقه الإسلامي قد تراجع مدّه، فلم يكن له من قوّة الدفع ما يعالج به ذلك الوضع، وهذه المحصّلة من شأنها أن تجعل الاجتهاد في وضع الأقليات من الصعوبة بمكان.

### المطلب الأول: الأقليات وفقه الأقليات

كلمة « الأقليات » هي مصطلح سياسي جرى في العرف الدولي، يُقصد به مجموعة أو فئات من رعايا دولة من الدول، تنتمي من حيث العرق أو اللغة أو الدين، إلى غير ما تنتمي إليه الأغلبية<sup>(1)</sup>.

وتشمل مطالب الأقليات، عادة المساواة مع الأغلبية، في الحقوق المدنية والسياسية، مع الاعتراف لها بحق الاختلاف، والتميز في مجال الاعتقاد والقيم<sup>(2)</sup>.

لا يمكن إدراج فقه الأقليات في مدلول الفقه، كما هو شائع الآن ( أي فقه الفروع )، بل الأولى إدراجه ضمن الفقه بالمعنى العام، الذي يشمل كل جوانب الشرع اعتقاداً وعملاً، ومن هنا كانت ضرورة ربط هذا الفقه بالفقه الأكبر، وضعاً للفرع في إطار الكل، وتجاوزاً للفراغ التشريعي أو الفقهي<sup>(3)</sup>.

ومعنى هذا أن فقه الأقليات، هو فقه نوعي، يُراعي ارتباط الحكم الشرعي بظروف الجماعة، وبالمكان الذي تعيش فيه، فهو فقه جماعة محصورة لها ظروف خاصة، يصلح لها، ما لا يصلح لغيرها، ويحتاج متناوله، إلى ثقافة في بعض العلوم الاجتماعية، خصوصاً علم الاجتماع والاقتصاد، والعلوم السياسية و القانون الدولي الخاص<sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> ينظر: عادل عبد السلام، أمل يازجي، الموسوعة العربية، المجلد الثالث، العلوم القانونية والاقتصادية، السياسة، الأقليات، ص 87، <http://www.arab-ency.com> تاريخ الزيارة: (2012/7/10م).

ينظر: سعد الدين إبراهيم، الملل والنحل والأعراق، هموم الأقليات في الوطن العربي، مركز ابن خلدون، القاهرة، 1994م، ص 15 وما بعدها.

<sup>(2)</sup> ينظر: عادل عبد السلام، أمل يازجي، الموسوعة العربية، المجلد الثالث، العلوم القانونية والاقتصادية، السياسة، الأقليات، ص 87، <http://www.arab-ency.com> تاريخ الزيارة: (2012/7/10م).

<sup>(3)</sup> ينظر: طه جابر العلواني، مدخل إلى فقه الأقليات ... نظرة تأسيسية، مجلة إسلامية المعرفة-إصدار المعهد العالمي للفكر الإسلامي، جامعة بيروت الإسلامية، السنة الخامسة، العدد 19، ص 10.

<sup>(4)</sup> ينظر: طه جابر العلواني، مدخل إلى فقه الأقليات ... نظرة تأسيسية، ص 10.



### الفرع الأول: مفهوم فقه الأقليات

لما كانت معرفة المركب متوقفة على جزئيه، كان لابد من معرفة « الفقه » و « الأقليات » أولاً، وذلك من خلال العناصر الآتية.

#### أولاً: تعريف الفقه

**1- الفقه لغة:** العلم بالشيء والفهم له، والمعرفة<sup>(1)</sup>، وقيل: هو التوصل إلى علم غائب بعلم شاهد،

فهو أخص من العلم<sup>(2)</sup>، قال تعالى: ﴿بِمَالِ هَؤُلَاءِِ الْفُؤْمِ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ

حَدِيثًا﴾<sup>(3)</sup>، وقيل: الفقه مطلق الفهم سواء ما ظهر أو ما خفي، وذهب آخرون إلى أن الفقه لغة هو فهم الشيء الدقيق<sup>(4)</sup>.

**2- اصطلاحاً:** «الفقه هو العلم بالأحكام الشرعية، العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية»<sup>(5)</sup>.

#### ثانياً: تعريف القلة

**1- تعريف القلة لغة:** ترجع لفظة أقلية لغة، إلى مادة قلل، وبالرجوع لهذه المادة في المعاجم، نجد أنها تنتظم ثلاثة معان:

فمنها معنى القلة، التي هي ضد الكثرة، قال الله تعالى: ﴿وَإِذْ كُرُوا إِذْ كُنْتُمْ

فَلِيلاً بِكَثْرَتِكُمْ﴾<sup>(6)</sup>.

وفي اللسان: «القلة خلاف الكثرة»<sup>(7)</sup>.

(1) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج5ص55، مادة (فقه).

(2) ينظر: الراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، ص2، بتصرف، مادة (فقه).

(3) الآية 78، من سورة النساء.

(4) ينظر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، الكويت، ط2، 1404هـ- 1983م، ج1ص11.

(5) ينظر: السبكي، تقي الدين، الإبهاج في شرح المنهاج، ج1ص46.

(6) الآية 85 من سورة الأعراف.

(7) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج11 ص 563.

وقال الزمخشري<sup>(1)</sup>: « القُل والقلَّة كالذُّل والذُّلة يعني أنه محقوق البركة »<sup>(2)</sup>، وقال في اللسان: وفي الحديث: « الرِّبَا، وإن كَثُر، فهو إلى قُلٍّ »<sup>(3)</sup>، معناه إلى قِلَّة أي أنه وإن كان زيادة في المال عاجلاً فإنه يؤول إلى النقص<sup>(4)</sup>، كقوله: ﴿يَمْحُو اللَّهُ الرَّبُوبَ وَيُزِيهِ الصِّدْقَ﴾<sup>(5)</sup>.

ومنها الضعة والدونية: قال في اللسان: « القُل من الرجال: خسيس الدين »<sup>(6)</sup>.

## 2- تعريف القلة اصطلاحاً

إن الاتجاهات المعاصرة، في بيان مفهوم الأقلية وتعريفها، تكاد تعود إلى هذه المعاني اللغوية، فمفهوم الأقلية له فيها ثلاثة اتجاهات:

### أ- اتجاه ينظر إلى العدد

من ذلك تعرف الأقلية أنها: « مجموعة من السكان لهم عادة جنسية الدولة غير أنهم يعيشون بذاتيتهم، ويختلفون عن غالبية المواطنين، في الجنس أو اللغة أو العقيدة أو الثقافة أو التاريخ، أو العادات أو كل ذلك »<sup>(7)</sup>.

### ب- اتجاه ينظر إلى القوة والتأثير

تعرف الأقلية أنها: « مجموعة من الأشخاص في الدولة ليست لها السيطرة أو الهيمنة، تتمتع بجنسية الدولة إلا أنها تختلف من حيث الجنس، أو الديانة أو اللغة عن باقي الشعب، وتصبو إلى

<sup>(1)</sup> الزمخشري: محمود بن عمر بن محمد بن أحمد الخوارزمي الزمخشري، جار الله، أبو القاسم، من أئمة العلم بالدين والتفسير واللغة والآداب. ولد سنة (467هـ) وسافر إلى مكة فجاور بها زمناً، ثم عاد إلى الجرجانية (من قرى خوارزم) فتوفي فيها سنة (548هـ). ينظر: ابن خلكان، وفيات الأعيان، ج5 ص168، وابن حجر العسقلاني، لسان الميزان، دار الفكر، ج6 ص6.

<sup>(2)</sup> ينظر: الزمخشري محمود بن عمر، الفائق في غريب الحديث، تحقيق: علي محمد البجاوي ومحمد أبو الفضل إبراهيم، دار المعرفة، لبنان، ط2، ج3 ص222.

<sup>(3)</sup> رواه الإمام أحمد في المسند، ج1 ص395، وصححه الألباني في صحيح الجامع، رقم الحديث (3542).

<sup>(4)</sup> ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج11 ص563.

<sup>(5)</sup> الآية 276 من سورة البقرة.

<sup>(6)</sup> ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج11 ص563، 564.

<sup>(7)</sup> ينظر: أحمد وهبان، الصراعات العرقية واستقرار العالم المعاصر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001م، ص100.

حماية ثقافتها وتقاليدها ولغتها الخاصة»<sup>(1)</sup>، ومن الممكن أن تكون هذه الجماعة هي الأكثر عدداً في المجتمع.

ج- اتجاه ينظر إلى المستوى الاجتماعي الجيد

ينظر إلى الأقلية على أنها الجماعة المستضعفة، التي ينظر إليها نظرة دونية، و تعرف أنها: «مجموعة من مواطني الدولة تختلف عن بقية مواطنيها من حيث الجنس أو الدين أو اللغة أو الثقافة تقع في ذيل السلم الاجتماعي»<sup>(2)</sup>.

ومن البين أن هذا المعنى الاصطلاحي للأقليات، لا وجود له إلا في ظل الوحدة السياسية التي يطلق عليها لفظ «دولة»، والتي تفرض سلطانها على جميع القاطنين لإقليم هذه الدولة، وأما خارج إطار الدولة القومية فلا معنى للحديث عن الأقليات؛ فإن كل مجموعة عرقية أو لغوية أو دينية، تكون وحدة مستقلة<sup>(3)</sup>.

#### الفرع الثاني: تعريف المركب «فقه الأقليات»

لم يكن مصطلح الأقلية معروفاً في الماضي، ولكنه نشأ وتأكد في مطلع القرن الخامس عشر الهجري، مع قيام الهيئات الإسلامية، المهمة بأوضاع الجاليات المسلمة في بلاد الغرب، وفي مقدمة هذه الهيئات رابطة العالم الإسلامي، وبعدها منظمة المؤتمر الإسلامي، حيث استعملت كلمة الأقلية، التي تعني مجموعة بشرية، ذات خصوصيات تقع ضمن مجموعة بشرية، متجانسة أكثر منها عدداً، تملك السلطان أو معظمه<sup>(4)</sup>.

أما إضافة كلمة «فقه» إلى الأقليات، فهي إضافة سليمة لا لبس فيها، تشير إلى أن هناك أقليات تحتاج إلى فقه مخصوص.

ليصبح معنى فقه الأقليات: «العلم بالأحكام الشرعية العملية المستنبطة من أدلتها التفصيلية المتعلقة بالأقليات»<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: الملف السياسي، مؤسسة البيان، عدد الجمعة 10 ذو القعدة 1424هـ - 2 يناير 2004م، العدد 659.

(2) ينظر: ياسين بن علي، دولة الخلافة وما يسمى بالأقليات 1، مجلة الوعي، السنة 27، العدد 316، جمادى الأولى 1434هـ - مارس 2013م، ص 23، الموقع الإلكتروني: <http://www.al-waie.org>، تاريخ الزيارة (2012/7/10م).

(3) ينظر: يوسف القرضاوي، غير المسلمين في المجتمع المسلم، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1985م، ص 7.

(4) ينظر: يوسف القرضاوي، فقه الأقليات المسلمة، ص 25.

(5) ينظر: يوسف القرضاوي، فقه الأقليات المسلمة، ص 25.

إن إضافة «فقه» إلى «الأقليات»، إضافة إلى مسمى أو عنوان لا تلحقه الأحكام، ولا تتعلق به من حيث هو، فالأحكام لا تتعلق بالأقليات من هذه الاعتبار، وإنما تتعلق بأفعالهم وظرفهم وزمانهم، ووقائع أحوالهم<sup>(1)</sup>.

وبناء على هذا فإنه: « يمكن قبولها مصطلحاً لا مشاحة فيه، ما دام قد جرى استخدامه وتواطأ الباحثون عليه، ولم يكن مقصودهم أن لهم فقهاً خاصاً مطلقاً، وإنما يصح القول أن لهم فقهاً خاصاً، بمعنى أنه جزء من الفقه العام، يلتزم بقواعده وضوابطه، ولكنه في الوقت ذاته يأخذ بالاعتبار ظرف وزمان ومكان هذه الأقلية، وحينئذ لا مشاحة فيه»<sup>(2)</sup>.

وهذا الذي اتجه إليه غير واحد من الفقهاء المعاصرين، حين عنون لفقه الأقليات بقوله: فقه خاص في دائرة الفقه العام، فقال: «إن فقه الأقليات المنشود، لا يخرج من كونه جزءاً من الفقه العام، ولكنه فقه له خصوصيته، وموضوعه ومشكلاته المتميزة»<sup>(3)</sup>.

هذا الكلام يحتمل الصحة، من حيث الواقع الذي تعيش فيه الأقليات، لكن لا يسلم له أن فقه الأقليات فقه نوعي خاص، ذلك أن قواعد الاستنباط، تستلزم النظر في الظرف والحال، والزمان والمكان والمآل، حتى يستنبط الحكم الشرعي للنازلة، ومناطق الحكم لا تتعلق بأكثرية أو أقلية، بقدر ما تتعلق بالظرف والحال والزمان والمكان<sup>(4)</sup>.

(1) ينظر: طه جابر العلواني، مدخل إلى فقه الأقليات...، مجلة إسلامية المعرفة، العدد (19)، ص 10، 11.

(2) ينظر: عجيل جاسم النشمي، التعليقات على بحث «مدخل إلى أصول وفقه الأقليات»: طه جابر العلواني، المقدم لاجتماع المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، المنعقد في لندن، في الفترة من 20-24 جمادى الآخرة 1425 هـ، الدورة الثالثة عشر، التعليقات منشور في الموقع: <http://www.dr-nashmi.com>، تاريخ زيارة الموقع (2012/7/10م).

(3) ينظر: يوسف القرضاوي، فقه الأقليات المسلمة، ص8، والمشكلات الفقهية للأقليات المسلمة بالغرب، ص44 (بحث منشور بالمجلة العلمية للمجلس الأوروبي والبحوث، عدد:1، ص 44).

(4) ينظر: يوسف القرضاوي، فقه الأقليات المسلمة، ص34.

### المطلب الثاني: مميزات أوضاع الأقليات

إن الأقليات جاءت تحمل معها هويتها الثقافية، وقد ظلت محافظة عليها بشكل أو بآخر من أشكال المحافظة، وهي بذلك وجدت نفسها في خضم ثقافة غريبة مغايرة لثقافتها، بل مناقضة لها في بعض تفاصيلها المهمة<sup>(1)</sup>.

ولعل من أهم تلك المميزات التي ينبغي اعتبارها في هذا التأصيل لهذه الفئة ما يلي:

#### الفرع الأول: صفة الضعف

تتصف الأقليات المسلمة (بوجه عام)، بصفة الضعف التي لا تكاد تفارق أي أقلية مسلمة في العالم، وإذا كانت حال الضعف، حالا ملازمة للأكثر من الأقليات في العالم، فإنها ليست حالا لجميعها، بل من الأقليات من هي على حال من القوة، تفوق قوة الأكثرية التي تعيش بينها، ولكن الأقليات المسلمة، تفوق في حال ضعفها الأكثر من الأقليات في العالم لأسباب متعددة<sup>(2)</sup>.

ويبدو هذا الضعف أول ما يبدو في الضعف النفسي، فهذه الأقليات هي -في أغلبها- منتقلة من أوساطها الإسلامية، إلى وسط ثقافي واجتماعي وحضاري غريب عنها، والشعور بالاغتراب والقلق هو ضرب من الضعف النفسي.

ويضاف إلى ذلك الضعف النفسي، ضعف اقتصادي، إذ الأقلية المسلمة في أوروبا على وجه الخصوص، تتميز بالضعف الاقتصادي، إذ هي -في أكثرها- من الحرفيين، أو من الموظفين في قلة قليلة، وكل أولئك هم على حافة الكفاية، إن لم تكن حافة الكفاف<sup>(3)</sup>.

ومحصلة ذلك كله، أن الأقلية المسلمة بالغرب، هي من الضعف السياسي والاجتماعي، بحيث يكاد يكون لها أثر، وشتان في ذلك بينها وبين أقليات أخرى، أقل منها بكثير عددا، ولكنها لقوتها

(1) ينظر: عبد المجيد النجار، مآلات الأفعال وأثرها في فقه الأقليات، بحث مقدم للدورة التاسعة للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث جمادى الأول 1423 هـ يوليو 2002م، الموقع: <http://e-cfr.org/new> تاريخ الزيارة 2013/6/29 ص28.

(2) ينظر: خالد محمد عبد القادر، من فقه الأقليات المسلمة، كتاب الأمة، السنة السابعة عشر، العدد 61، وزارة الوقف والشؤون الإسلامية، قطر، ص75.

(3) ينظر: مالك بن نبي، مشكلات الحضارة، المسلم في عالم الاقتصاد، دار الفكر، دمشق، ط3، 1420هـ-2000م، ص98.

السياسية والاجتماعية والاقتصادية، فتحسبها هي الأغلبية، وهذا الوضع من الضعف المتعدد الوجوه ينبغي أن يكون ملحظاً معتبراً عند التأصيل لفقه الأقليات<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: خاصية الإلزام القانوني

البلاد الغربية بصفة عامة، يحظى فيها القانون باحترام كبير، سواء في الحس الجماعي، أو في دوائر التنفيذ؛ ولذلك فإن سيادة القانون فيها يُعتبر أحد الثوابت التي بُنيت عليها ثقافتها وحضارتها، ومن ثم فإن أي ساكن في هذه البلاد، سواء بالإقامة أو بالموطنة، فإنه سيصبح تحت سيادة القانون السيادة الكاملة، مهما كان وضعه العرقي أو الديني أو الثقافي<sup>(2)</sup>.

والقانون في هذه البلاد، مبني على ثقافة المجتمع ومبادئه وقيمه، وهو منظم للحياة العامة، ويطبق هذا القانون على الأقلية المسلمة، كما يُطبق على سائر أفراد المجتمع، وهو تطبيق يمتد من أحوال الفرد، إلى أحوال الأسرة، إلى أحوال المجتمع بأكمله، في قدر كبير من الصرامة النظرية والفعالية، بحيث يكاد لا يترك استثناء لخصوصية فرد أو جماعة<sup>(3)</sup>.

إن هذه السيادة القانونية، على الأقلية المسلمة، المعارضة في كثير من محطاتها، لضميرها الديني والتزامها العقدي، تمثل وضعاً خاصاً لهذه الأقلية من بين أوضاع عامة المسلمين، فإنه سيجد نفسه لا محالة في تناقض بين واقعه، وبين مقتضيات هويته الجماعية، وهو ما يمثل ظرفاً خاصاً في حياة الأقلية المسلمة، بالبلاد الغربية على وجه الخصوص، يقتضي أن يؤخذ بعين الاعتبار، في الاجتهاد الفقهي في شؤونها<sup>(4)</sup>.

### الفرع الثالث: خاصية الإكراه الثقافي

تعيش الأقليات المسلمة، في مناخ مجتمع ذي ثقافة مخالفة لثقافتها، في الكثير من أوجه الحياة، وهي تجد نفسها، في مواجهة مباشرة مع تلك الثقافة، في كل حين وفي كل المناسبات، فمن الإعلام إلى التعليم، إلى العلاقات الاجتماعية، إلى المناخ العام، في الشارع من عادات وتقاليد، بحيث تطفئ تلك الثقافة على أحوال المسلم أينما حل، بل تطفئ عليه حتى داخل بيته<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: عمر عبيد حسنة، مراجعات في الفكر والدعوة والحركة، من سلسلة قضايا الفكر الإسلامي، الإصدار رقم (7)،

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الدوحة، قطر، 2ط، ص 36.

(2) ينظر: عبد المجيد النجار، مآلات الأفعال وأثرها في فقه الأقليات، ص 30.

(3) ينظر: صلاح الدين حمدي، القانون الدولي العام، منشورات زين الحقوقية، ط1، ص 45، 46.

(4) ينظر: عبد المجيد النجار، مآلات الأفعال وأثرها في فقه الأقليات، ص 31.

(5) ينظر: حسن عزوزي، متغيرات وتحديات أمام الواقع الثقافي للمسلمين في الغرب، مجلة الوعي الإسلامي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت العدد: 511، 3-9-2010م، ص 41، 42.

إن هذه الثقافة المغايرة التي تتعرض لها الأقلية المسلمة في بلاد الغرب بوجوهها المختلفة، وبوسائلها الجذابة المغرية، تسلط ضغطاً قويا عليها، وبصورة خاصة على أجيالها الناشئة<sup>(1)</sup>. وفي كل الحالات يحصل من ذلك تدافع بين الثقافتين، وينتهي هذا التدافع في الغالب إما إلى الانسلاخ من الثقافة الأصل، والذوبان في الثقافة المغايرة، أو إلى التقوقع والانزواء، أو إلى رد الفعل العنيف على هذه السطوة الثقافية، يجد له تعبيرات مختلفة من جيل الشباب على وجه الخصوص<sup>(2)</sup>.

### الفرع الرابع: الدور المنوط بالأقليات<sup>(3)</sup>

إن وجود هذا العدد الكبير من المسلمين، بالبلاد الغربية يُعتبر ضرباً من الصلة الحضارية بين الحضارة الإسلامية - مهما يكن تمثيلها ضعيفاً- وبين الحضارة الغربية المستقرة؛ فالمسلمون الذين هاجروا إلى هذه البلاد، لا يمثلون مجرد كمية بشرية انتقلت من مكان إلى مكان، وإنما هجرتهم تحمل معها دلالة حضارية، وهي دلالة تتأكد باطراد بارتقاء نوعية المهاجرين، وتعزز تلك النوعية بهجرة العقول، وتمكن المهاجرين في مواقعهم على وجه العموم<sup>(4)</sup>.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن هذا الميراث الحضاري الذي تحمله الأقلية المسلمة، ليس من طبيعته الانكفاء والسكون، وإنما طبيعته الظهور والعرض، والعرض يكون عرض بيان واختيار، فيعم إذن نفعه، ولا يبقى حكراً على أصحابه، وذلك هو معنى الشهادة على الناس، التي تضمنها قوله

تعالى: ﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ وَيَكُونَ الرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيدًا﴾<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: عبد المجيد النجار، مآلات الأفعال وأثرها في فقه الأقليات، ص32.

(2) ينظر: متولي موسى، الهوية الإسلامية في الغرب المشكلة والحل، مجلة الرائد العدد:201، ربيع الثاني 1419هـ الموافق أغسطس 1998م، ص2 وما بعدها.

(3) ينظر: مانع بن حماد الجهني، التجديد في طريقة عرض الإسلام في الغرب، وهي عبارة عن ورقة بحثية تم تقديمها للمؤتمر الثالث عشر والذي أقيم تحت عنوان التجديد في الفكر الإسلامي، مايو 2010م، نقلا عن موقع الأزهر على الرابط التالي [www.elazhar.com/conf\\_au](http://www.elazhar.com/conf_au)، تاريخ الزيارة: (2011/12/10م).

(4) طارق طه، رمضان في بريطانيا انقلاب إسلامي على الفرقة، بتاريخ 2-9-2008م، نقلا عن موقع: لواء الشريعة، على الرابط الآتي: [www.shareah.com/index.php](http://www.shareah.com/index.php) تاريخ الزيارة (2012/7/10م)

(5) الآية 143 من سورة البقرة.

وحاصل ذلك أن الأقلية المسلمة في أي موقع وجدت فيه، يجب أن تعمل على تأكيد معنى التعارف الحضاري بين العالم الإسلامي والعالم الغربي، وهذا الدور المناط بها، يكتسبها خصوصية، ينبغي اعتبارها في التأصيل لفقه الأقليات<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثالث: تأثير خصائص الأقليات على المآلات

إن الخطاب التكليفي، الوارد في القرآن والسنة، يرد موجّها في أغلب الأحوال بصيغة الجمع، التي تعني جماعة المسلمين، أو الأمة الإسلامية، بما يحمله ذلك من معنى الانتظام، وفق قانون جامع، هو أحكام الشريعة الإسلامية، في مثل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ

بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ﴾<sup>(2)</sup>، وقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ

وَالسَّارِقَةُ قَافِطَعُونَ أَيْدِيَهُمَا﴾<sup>(3)</sup>، فالحكم بمنع أكل الأموال بالباطل، والحكم بعقوبة السرقة، ووجه الخطاب التكليفي بهما إلى المسلمين، باعتبارهم أمة تطبق فيهم هذه الأحكام، وليس باعتبارهم أفراداً لا يخضعون لسلطة الأمة<sup>(4)</sup>.

ويعني هذا أنّ المقاصد التي وضعت من أجلها هذه الأحكام، هي مقاصد مبنية في إمكانية تحقيقها، وإتيانها ثمارها من المصالح.

### الفرع الأول: التأثير بميزة القلة

إنّ أحكام الشريعة، تتفاوت من حيث توجهها بالتكليف، إلى المسلمين باعتبارهم أفراداً، أو باعتبارهم جماعة، وقد ارتبطت مقاصد الشريعة، بحسب ذلك التوجه التكليفي، فيما إذا كان فردياً أو جماعياً.

ذلك أنّ بعض الأحكام الشرعية، ذات البعد الجماعي في التكليف، إذا ما طبقت على هذه الأقلية المسلمة، سوف لن يتحقق منها المقصد المطلوب، إذ هو مقصد مرتبط بالتطبيق الجماعي، فتكون بذلك خصوصية الأقلية من حيث ذاتها عاملاً مؤثراً في مآلات الأحكام<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: عبد المجيد النجار، مآلات الأفعال وأثرها في فقه الأقليات، ص 32، 33، ومحمد عمارة، إستراتيجية التنصير في العالم الإسلامي، مركز دراسات العالم الإسلامي، ط1، 1992م، ص85.

(2) الآية 188، من سورة البقرة.

(3) الآية 38، من سورة المائدة.

(4) ينظر: عبد المجيد النجار، مآلات الأفعال وأثرها في فقه الأقليات، ص34.

(5) ينظر: عبد المجيد النجار، مآلات الأفعال وأثرها في فقه الأقليات، ص35، 36.



ولعلّ ما ذهب إليه بعض الفقهاء الأحناف، من تجويزهم للتعامل الربوي في الديار غير الإسلامية هو اجتهاد مبنيّ على هذا الأساس<sup>(1)</sup>، إذ في هذه الديار التي لا يمكن فيها التطبيق الشامل لمنع التعامل الربوي، لا يحصل فيها المقصد من ذلك المنع، إذا ما طُبّق على أفراد من المسلمين، أو على فئة قليلة منهم، بالنسبة لأكثرية من المجتمع الذي يعيشون فيه، غير ملزمة بتطبيق هذا المنع<sup>(2)</sup>.

يتبيّن إذن أنّ خصوصية الأقلية في الأقليات المسلمة، هي ذاتها تمثّل عاملاً من العوامل المؤثرة، في مآلات بعض الأحكام الشرعية<sup>(3)</sup>.

وهذا العامل المؤثر في مآلات الأحكام، ينبغي أن يأخذه المجتهد في فقه الأقليات بعين الاعتبار في اجتهاده<sup>(4)</sup>.

### الفرع الثاني: التأثير بالنظام القانوني

الأقليات المسلمة، تعيش في مجتمعات يسود فيها قانون غير إسلامي، وهو قانون في كثير من فصوله، يتناقض مع مقتضيات الأحكام الشرعية، سواء في تنظيم حياة الفرد أو الجماعة، ومن تلك القوانين ما يتعلّق بأحوال الأسرة، كالزواج والطلاق والحضانة، ومنها ما يتعلّق بالعلاقات الاجتماعية، كالتأمينات بمختلف أنواعها...<sup>(5)</sup>.

إنّ هذه السيادة القانونية، هي ملزمة لكلّ من يتعامل بمعاملات تدرج تحت سيادة القانون، على أنّ تلك المعاملات منها ما هو من الضروري لكلّ مسلم، أو لأغلب المسلمين أن يدخلوا تحت طائلته، كالإجراءات المدنية في العقود المختلفة<sup>(6)</sup>.

(1) ينظر: السرخسي شمس الدين، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1406هـ، ج14 ص56، وابن عابدين، الدر المختار. مطبوع مع حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، ط2، 1386هـ، ص186، و الكمال بن الهمام، فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1424هـ - 2003م، ج6 ص277.

(2) الفتوى التي أصدرها المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث بجواز الاقتراض الربوي للأقليات المسلمة لشراء المساكن مرعيًا فيها هذا الأصل، القرار 4/2: حكم شراء المنازل بقرض بنكي ربوي للمسلمين في غير بلاد الإسلام: المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث <http://www.e-cfr.org/ar/> البيان رقم 4 بتاريخ: 2008/6/27م.

(3) ممّا جاء بهذا الصدد في مبررات فتوى المجلس الأوروبي الآنف الذكر، أنّ المسلم في دار غير المسلمين. المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث <http://www.e-cfr.org/ar/> البيان رقم 4 بتاريخ: 2008/6/27م.

(4) ينظر: عبد المجيد النجار، مآلات الأفعال وأثرها في فقه الأقليات، ص35، 36.

(5) ينظر: عبد المجيد النجار، مآلات الأفعال وأثرها في فقه الأقليات، ص38، 39.

(6) ينظر: عبد المجيد النجار، مآلات الأفعال وأثرها في فقه الأقليات، ص39.

ومنها ما هو ليس كذلك، وللمسلم الاختيار في أن يتعامل به، أو يتعد عنه كالاقتراض الربوي، وما في حكمه، ولكلّ من هذا وذاك إذا ما طبقت عليه أحكام الشريعة مآل، قد يخالف إن قليلا أو كثيرا تحقيق مقاصدها منها<sup>(1)</sup>.

أمّا المعاملات التي يكون المسلم ملزما بأن يتعامل بها، سواء كان إلزاما من قبل متطلبات الحياة، أو إلزاما إداريا، من مثل المعاملات المدنية، وبعض أنواع التأمينات، فإنّها حينما تكون مخالفة لمقتضيات الأحكام الشرعية، ويطبّق عليها حكم المنع، إذن فإنّ المخالف للقانون يكون معرضا نفسه لعقوبات، قد تكون شديدة، وهو ما يؤدي إلى ضرر كبير يلحق المخالف للقانون، استجابة لأحكام الشريعة.

بالإضافة إلى هذا الضرر الذي يلحق مخالف القانون بصفته الفردية، فإنّ ضرا آخر يلحق المجموعة الإسلامية عامّة، يتمثل فيما يلحق بها من وصمة المخالفة للقانون، وهي وصمة من شأنها أن تُستتبع بنظرة تحقيرية استنقاصية، إن لم تكن عدائية، إذن فإنّ المآل الذي يؤول إليه هذا الضرب من الأفعال، هو مآل مخالف لمقصد أحكامها منها<sup>(2)</sup>.

إنّ تطبيق أحكام الشريعة على الأقلية المسلمة، في قسم غير يسير من المجال الاجتماعي والاقتصادي، قد تنتهي إذن في بعض الأحيان، بحكم ما تقدّم بيانه إلى حرج شديد يلحق الأفراد في بعض ضروراتهم الحياتية، وذلك كلّ مآل ناتج من تطبيق أحكام الشريعة على أقلية مسلمة بسبب من خصوصية وقوعها تحت سيادة قانون غير إسلامي، وهو مآل جدير بالنظر الاجتهادي في أحوال الأقليات لتبيّن أبعاده ومقاديره وآثاره، وتقدير الأحكام الشرعية المناسبة له تحقيقا للمصلحة التي هي مقصد كلّ الأحكام<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثالث: التأثير بالعوادات الاجتماعية

الأقلية المسلمة كما تعيش تحت ظلّ سيادة قانونية، غير سيادة القانون الإسلامي، فإنّها تعيش أيضا تحت ظلّ سيادة اجتماعية، غير سيادة المجتمع الإسلامي، فالمجتمع الذي تعيش فيه هذه الأقلية، مشكّل في بنيتها الثقافية، على ما تقتضيه الخلفية المرجعية التي توجّهه، ومن تلك الخلفية انبتت عادات المجتمع وأعرافه، ومؤسّساته وأنماط حياته، سواء فيما يتعلّق بالعلاقات بين

(1) ينظر: وهبة الزحيلي، العلاقات الدولية في الإسلام، دار المكي، ط1، 1420هـ-2000م، ص 18، 19.

(2) ينظر: وهبة الزحيلي، العلاقات الدولية في الإسلام، ص 19.

(3) ينظر: عبد المجيد النجار، مآلات الأفعال وأثرها في فقه الأقليات، ص 40.

الأفراد، أو علاقات الجيرة، أو علاقات الأفرح والأتراح، أو علاقات العمل، أو غير ذلك من العلاقات<sup>(1)</sup>.

ولمّا تنخرط الأقلية المسلمة، في سياق المجتمع الذي تعيش فيه، وهو انخراط ضروري لوجودها لا تستطيع منه فكاكا، مهما يكن حجمه وامتداده، فإنّها تجد نفسها في كثير من المواقع تحت سلطة قاهرة للمجتمع فيما استقرّ عليه من أنماط في التعامل الاجتماعي<sup>(2)</sup>.

وفي ظلّ سيادة مجتمع غير إسلامي فإنّ هذه الخصوصية يكون لها أثر بين في مآلات الأحكام، وهو ما ينبغي للفقهاء أن يأخذ به عين الاعتبار في بناء فقه الأقليات<sup>(3)</sup>.

### الفرع الرابع: التأثير بميزة التبليغ الدعوي

إنّ الأقليات المسلمة، بالبلاد الغربية على وجه الخصوص، تمثّل حلقة وصل بين العالم الإسلامي وما يمثّله من حضارة الإسلام، وبين العالم الغربي وما يمثّله من حضارة الغرب، وهي بهذا الموقع كأنما تتصدّى بمجرّد حضورها لمهمة ذات خطورة بالغة، هي مهمة تمثيل الإسلام في أبعاده القيمة والحضارية لدى أهل الغرب<sup>(4)</sup>.

وربّما يكون مصير الإسلام بالديار الغربية من قبول أو ردّ، ومن استحسان أو استقباح، ومن انتفاع بما فيه من خير أو انكماش دون ذلك، مرتبطا أشدّ الارتباط بما يحدثه هذا النموذج الذي تكون عليه الأقلية المسلمة باعتبار أنّها تمثّل الإسلام<sup>(5)</sup>.

ومن مقتضيات هذا الدور التمثيلي ذي البعد الدعوي للأقليات المسلمة أن تكون هذه الأقليات ذات قوّة مادية اقتصادية وقوّة اجتماعية وعلميّة، بحيث تظهر بالمظهر القويّ اللائق الجالب للاحترام في أحوالها والمظهرية العامّة، وفي تجمّعاتها ومناسباتها وممارساتها المتعدّدة، وفي علاقاتها الاجتماعية وتصرفاتها المختلفة، وفي أعمالها ومؤسّساتها ومنشآتّها، وفي مواقعها العلمية والوظيفية<sup>(6)</sup>.

(1) ينظر: وهبة الزحيلي، العلاقات الدولية في الإسلام، ص 23.

(2) ينظر: عبد المجيد النجار، مآلات الأفعال وأثرها في فقه الأقليات، ص 40، 41.

(3) ينظر: عبد المجيد النجار، مآلات الأفعال وأثرها في فقه الأقليات، ص 41، 42.

(4) ينظر: جمال الدين عطية، نحو فقه جديد للأقليات، ص 30.

(5) ينظر: جمال الدين عطية، نحو فقه جديد للأقليات، ص 31.

(6) ينظر: جمال الدين عطية، نحو فقه جديد للأقليات، ص 32، عبد المجيد النجار، مآلات الأفعال وأثرها في فقه

إن خصوصية الأقلية المسلمة متمثلة في تمثيليتها للإسلام، ومنظورها إليها في بعدها الدعوي والحضاري والمستقبلي، في علاقة الإسلام والمسلمين بالغرب وأهله، يتبين أنها خصوصية ذات أثر في مآلات الأفعال، وهو موطن خصب للاجتهاد في فقه الأقليات، ولكنه موطن تتشابه فيه السبل، وتختلط فيه الحقائق بالظنون، وهنا يجب أن يوازن فيه بين المصالح والمفاسد، بميزان دقيق، حتى لا تُنتهك أحكام الشريعة الإسلامية بالأوهام<sup>(1)</sup>.

إن ذلك المنهج الدقيق، هو ما يجب أن يكون ماثلاً للمفتي عند النظر في مآلات الأفعال، كأصل من الأصول في المعالجة الشرعية، لأوضاع الأقليات المسلمة، وذلك سواء من حيث تعيين مقاصد الأحكام، أو من حيث تبين مآلاتها الفعلية وغايتها، أو من حيث تقدير ما هو مناسب منها لتلك الغاية<sup>(2)</sup>.

#### المطلب الرابع: التأصيل لفقه الأقليات المسلمة

يعتبر فقه الأقليات كغيره من فروع الفقه، يرجع إلى مصدري الشريعة: الكتاب والسنة، إلا أنه عند التفصيل يرجع<sup>(3)</sup>:

أولاً: إلى كليات الشريعة الحاكمة برفع الحرج، وتنزيل أحكام الحاجات على أحكام الضرورات، واعتبار عموم البلوى، وتنزيل حكم تغير المكان، على حكم تغير الزمان، ودرء المفاسد، وارتكاب أخف الضررين وأهون الشرين، والأخذ بالمصالح المعتبرة، والمرسلة دون الملغاة<sup>(4)</sup>.

ثانياً: يرجع فقه الأقليات، إلى نصوص جزئية، تنطبق على قضايا وموضوعات قائمة في ديار الغربية، وتشاركهم في حكمها الأكثرية المسلمة<sup>(5)</sup>.

ثالثاً: يرجع فقه الأقليات، إلى أصل خاص، يوجد في كتب الفقه، حيث يعتبر حالة المسلمين في أرض غير المسلمين، سبباً من الأسباب لسقوط بعض الأحكام الشرعية، التي نعبر عنها بحكم

<sup>(1)</sup> ينظر: ينظر: عبد المجيد النجار، نحو تأصيل فقهي للأقليات المسلمة بالمجتمعات الغربية، مؤتمر الإسلام والغرب في عالم متغير، <http://www.feqhweb.com>، تاريخ الزيارة، 2013/6/15م..

<sup>(2)</sup> ينظر: جمال الدين عطية، نحو فقه جديد للأقليات، ص32، عبد المجيد النجار، مآلات الأفعال وأثرها في فقه الأقليات، ص 42، 43

<sup>(3)</sup> عبد المجيد النجار، نحو منهج أصولي لفقه الأقليات، بحث منشور في المجلة العلمية للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، العدد الثالث، ربيع الثاني 1424هـ، ص50.

<sup>(4)</sup> ينظر: عبد الله بن بيه، صناعة الفتوى وفقه الأقليات، دار المنهاج، جدة، ط1، 1428هـ-2007م، ص168 وما بعدها.

<sup>(5)</sup> عبد المجيد النجار، نحو منهج أصولي لفقه الأقليات، بحث منشور في المجلة العلمية للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، العدد الثالث، ربيع الثاني 1424هـ، ص50.

المكان، وهو منقول عن أئمة كأبي حنيفة<sup>(1)</sup> وغيره، ورواية عن أحمد<sup>(2)</sup>، وكذلك رواية عند المالكية<sup>(3)</sup>. وهو مؤصل من أحاديث، كالنهي عن إقامة الحدود في أرض العدو، قوله ﷺ: « لا تقطع الأيدي في السفر»<sup>(4)</sup>، ومرسل مكحول<sup>(5)</sup>: « لا ربا بين مسلم وحربي»<sup>(6)</sup>.

انطلاقاً من هذه الأسس، ومن الأدلة الإجمالية والأدلة التفصيلية، وآراء أهل العلم يكون اجتهاد العلماء ترجيحاً انتقائياً<sup>(7)</sup>.

وبدقة أكثر سيكون البحث هنا في تحقيق المناط، وهو اجتهاد لا ينقطع أبداً كما يقول الشاطبي<sup>(8)</sup>؛ لأنه تطبيق القاعدة المتفق عليها، على واقع جديد تنطبق عليه هذه القاعدة، ويستوي هنا المجتهد والمقلد.

وهناك نوع آخر من الاجتهاد وهو اجتهاد ترجيحي، وهو اختيار قول قد يكون مرجوحاً في وقت من الأوقات، إما لضعف المستند - وليس لانعدامه - فيختاره العلماء لمصلحة اقتضت ذلك.

(1) ينظر: أبو بكر أحمد بن علي الجصاص، مختصر اختلاف العلماء، تحقيق: عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية بيروت، ط1، 1416هـ-1995م، ج4ص491 وما بعدها، والسرخسي، المبسوط، ج14ص56 وما بعدها، والكسائي، بدائع الصنائع، ج7ص132، ابن الهمام، فتح القدير، ج7ص39.

(2) ينظر: ابن قدامة، المغني، ج6ص98.

(3) هي رواية عن عبد الملك بن حبيب، ينظر: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، على الشرح الكبير، دار الفكر، ج2ص188.

(4) أخرجه أبو دوود في سننه (شرح عون المعبود) كتاب الحدود: باب السارق يسرق في الغزو أيقطع؟، ج12ص54، رقم الحديث (4397)، وصححه الباني في صحيح وضعيف سنن أبي دوود رقم الحديث (4408).

(5) مكحول الشامي: عالم أهل الشام، يكنى أبا عبد الله، وقيل: أبو مسلم الدمشقي الفقيه، أرسل عن النبي ﷺ أحاديث، وأرسل عن عدة من الصحابة لم يدركهم، وروى أيضاً عن طائفة من قدماء التابعين، ما أحسبه لقيهم. ينظر: ابن حجر، تهذيب التهذيب، دائرة المعارف النظامية، الهند، 1325هـ، ج8ص332، الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج5ص156.

(6) استدلل به الحنفية وذكره الزيلعي في نصب الراية، ج4ص44، غريب، ونقل كلام الشافعي محتجاً به، وذكره الشافعي في الأم، دار المعرفة، بيروت، 1410هـ-1990م، ج7ص359، عن أبي يوسف، وقال: ليس بثابت، ولا حجة فيه، وقال الألباني في الضعيفة، رقم (6533) منكر.

(7) يقول الشيخ عبد الله بن بيه في هذه النقطة بالذات: « يكون اجتهاد العلماء ترجيحاً انتقائياً، أو إبداعياً إنشائياً وإن كنت شخصياً أميل إلى النوع الأول ولا أجسر على النوع الثاني، إلا بشاهد أي بنوع من التخريج؛ لأن النوع الأول اختيار من أقوال العلماء لمصلحة اقتضت هذا الاختيار أو لدرء مفسدة قد يؤدي إليها تطبيق القول المتروك». ينظر: عبد الله بن بيه، صناعة الفتوى وفقه الأقليات، ص168 وما بعدها.

(8) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج4ص64.

لهذا فإن عرض هذه الأنواع للاجتهد، يكون في ضوء العناصر الثلاثة التي تحكم الفتوى، وهي واقع الأقلية، والأدلة الإجمالية، والأدلة التفصيلية<sup>(1)</sup>.

من كل ذلك تنشأ الفتوى في نقاش، وتداخل وتكامل، ينتج منه توازن بين الدليل والواقع، يضبط به الفقيه طبيعة الفتوى، ويرى به الحكم من خلال مرتبة الحاجة، ومرتبة الدليل، ومرتبة الحكم، وهو تعامل دقيق، لا يجوز فيه إهمال أي منهما، بل يعطى كل منهما قدر ما يستحق من الحكم<sup>(2)</sup>.

الأقليات تواجه تحديات صعبة، على مستوى الفرد الذي يعيش وسط بيئة لها فلسفتها المادية، التي لا مجال فيها للوازع الديني، وعلى المستوى الأسرة التي تحاول التماسك في خضم مجتمع تفككت فيه الروابط الأسرية، واستحالت فيه العلاقة الزوجية بين الزوجين، والأبوية بين الأبناء والأبوين، وهي علاقة لا تمت بصلة للقيم الإسلامية في شيء<sup>(3)</sup>.

ينقسم التأصيل لفقه الأقليات إلى مقاصد وقواعد:

### الفرع الأول: القسم الأول المقاصد

يعتبر هذا الموجه المقصدي للتأصيل لفقه الأقليات، أن يكون مستصحباً لمقتضيات ما يكون به حفظ الوجود الديني للأقليات المسلمة، بناء على خصوصية الظروف التي تعيشها، والتحديات التي تواجهها<sup>(4)</sup>.

وهي مقتضيات قد تختلف في كثير أو قليل، عن مقتضيات حفظ الدين، إذ الظروف غير الظروف والتحديات غير التحديات، فتكون إذن مقتضيات الحفظ غير المقتضيات، وهو ما ينبغي أن يؤخذ بعين الاعتبار، في هذا الأصل الموجه لتأصيل فقه الأقليات<sup>(5)</sup>.

أولاً: مقصد عام، وهو المحافظة على الحياة الدينية للأقلية المسلمة، على جميع مستوياتها<sup>(6)</sup>.

(1) ينظر: محمّد يُسري إبراهيم، فقه النوازل للأقليات المسلمة - تأصيلاً وتطبيقاً، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، 1433هـ-2012م، ص199.

(2) ينظر: عبد الله بن بيه، صناعة الفتوى وفقه الأقليات، ص169، 170.

(3) ينظر: عبد الله بن بيه، صناعة الفتوى وفقه الأقليات، ص171.

(4) ينظر: عبد المجيد النجار، مآلات الأفعال وأثرها في فقه الأقليات، ص44.

(5) ينظر: محمّد يُسري إبراهيم، فقه النوازل للأقليات المسلمة - تأصيلاً وتطبيقاً، ص291، 292.

(6) ينظر: علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، ص7.

ثانياً: التطلع إلى نشر دعوة الإسلام، في صفوف الأكثرية، مع ما يستتبع ذلك من تمكين تدريجي للإسلام في الأرض<sup>(1)</sup>.

ثالثاً: التأصيل لفقه العلاقة مع الغير، في الواقع الحضاري والعالمي، وهو أمر قد لا يختص بالأقلية، لتداخل الأوضاع العالمية، لإيجاد حالة من الثقة المتبادلة والقبول<sup>(2)</sup>.

رابعاً: التأصيل لفقه الجماعة في حياة الأقلية، بمعنى الانتقال من الحالة الفردية إلى الحالة الجماعية<sup>(3)</sup>.

قد تقدم الحديث عن القسم الأول في الفصل الثاني من البحث.

أما القواعد فإنها لا تعنى إحداث قواعد أصولية أو فقهية، بقدر ما تعنى التركيز في الاتجاه البحثي على قواعد موجودة، في الموروث الأصولي والفقهية، أكثر التصاقاً وأقرب لواقع الأقليات لتمحيصه من جديد، واستكشاف إمكاناتها في التعامل مع أوضاع الأقليات<sup>(4)</sup>.

### الفرع الثاني: قواعد وأصول مؤثرة في فقه الأقليات

من أبرز هذه القواعد: قاعدة التيسير ورفع الحرج، وتغيير الفتوى بتغير الزمان، وتنزيل الحاجة منزلة الضرورة، والعرف، والنظر في المآلات، وقيام جماعة المسلمين مقام القاضي<sup>(5)</sup>.

### أولاً: قاعدة التيسير ورفع الحرج وتجلياتها

إن أحكام الشريعة الإسلامية قائمة على رفع الحرج، والتيسير على الناس في حياتهم، دلت على ذلك نصوص القرآن والسنة النبوية.

قال الشاطبي: « إن الشارع لم يقصد إلى التكليف بالشاق والإعنات فيه، والدليل على ذلك

أمور :

(1) وقد أخبر ﷺ أن هذا الدين سيظهر ولا يبقى بيت حجر ولا مدر إلا دخله، من حديث تميم الداري ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: « ليلغن هذا الأمر - أي الإسلام - ما بلغ الليل والنهار، ولا يترك الله بيت مدر ولا وبر إلا أدخله الله هذا الدين بعز عزيز أو بذل ذليل، عزاً يعز الله به الإسلام، وذلاً يذل الله به الكفر». ينظر: مسند الإمام أحمد، ج4 ص103، وصححه الألباني في السلسلة الصحيحة رقم (3)، ج1 ص32، وفي مشكاة المصابيح رقم الحديث (42).

(2) يبدو للناظر في الشريعة الإسلامية، أن بها مجموعة من الأحكام والتشريعات قصدت الترغيب في الإسلام منها: تغفر ذنوب الكافر بمجرد دخوله في الإسلام، و يقر على نكاحه، و جعل في الزكاة سهماً للمؤلفة قلوبهم، وإن كانوا أغنياء..

(3) ينظر: عبد الله بن بيه، صناعة الفتوى وفقه الأقليات، ص171.

(4) ينظر: عبد الله بن بيه، صناعة الفتوى وفقه الأقليات، ص173.

(5) يرى الشيخ عبد الله بن بيه أن فقه الأقليات والتأصيل له لا يخرج عن هذه القواعد الخمسة، وسماها قواعد كبرى تعتمد في فقه الاقليات. عبد الله بن بيه، صناعة الفتوى وفقه الأقليات، ص173.

أحدھا: النصوص الدالة على ذلك كقوله تعالى: ﴿وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ﴾<sup>(1)</sup>، وقوله: ﴿رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إَصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ، عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِنَا﴾<sup>(2)</sup>.

وفي الحديث: «بُعِثْتُ بِالْحَنِيفِيَّةِ السَّمْحَةِ»<sup>(3)</sup>، وحديث: «مَا خَيْرَ رَسُولٍ لِّلَّهِ ﷺ بَيْنَ أَمْرَيْنِ أَحَدُهُمَا أَيْسَرُ مِنَ الْآخَرِ إِلَّا اخْتَارَ أَيْسَرَهُمَا مَا لَمْ يُكُنْ إِثْمًا فَإِنْ كَانَ إِثْمًا كَانَ أَبْعَدَ النَّاسِ مِنْهُ»<sup>(4)</sup>. ولو كان قاصداً للمشقة لما كان مريداً لليسر ولا التخفيف ولكان مريداً للحرص والعسر وذلك باطل»<sup>(5)</sup>.

والثاني: ما ثبت أيضاً من مشروعية الرخص وهو أمر مقطوع به، كرخص القصر والفطر، والجمع وتناول المحرمات في الاضطرار، فإن هذا نمط يدل قطعاً على مطلق رفع الحرج والمشقة، ولو كان الشارع قاصداً للمشقة في التكلف لما كان ثم ترخيص ولا تخفيف<sup>(6)</sup>.

وقد عبر العلماء بعبارات مختلفة عن أسباب رفع الحرج منها:

1- عموم البلوى: وهو الحالة أو الحادثة التي تشمل كثيراً من الناس ويتعذر الاحتراز منها، انتشار أمر يكثر وقوعه بين الناس، يصعب الاحتراز عنه، مما يقتضي التيسير والتخفيف، كنجاسة النعل، والخف تطهر بالدلك<sup>(7)</sup>.

(1) الآية 157، من سورة الأعراف.

(2) الآية 286، من سورة البقرة.

(3) رواه ابن سعد في الطبقات الكبرى، ج1 ص192، من طريق برد الحريري عن حبيب بن أبي ثابت، قال: قال رسول الله ﷺ: «بُعِثْتُ بِالْحَنِيفِيَّةِ السَّمْحَةِ». وإسناده ضعيف لجهالة برد الحريري، وإرساله، مسند أحمد بن حنبل، ج5 ص266، قال الألباني ضعيف، غاية المرام، ص20، رقم الحديث (08).

(4) البخاري، صحيح البخاري، ج8 ص160 رقم الحديث (6786)، ومسلم، صحيح مسلم، رقم الحديث (2327).

(5) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج2 ص210-212.

(6) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج2 ص121، 122.

(7) ينظر: الزركشي، البحر المحیط، ج4 ص347، ومسلم الدوسري، عموم البلوى، دراسة نظرية تطبيقية، مكتبة الرشد، الرياض، ص48.



- 2- الغلبة: الغلبة تنزل منزلة الضرورة في إفادة الإباحة<sup>(1)</sup>.
- 3- عسر الاحتراز: ومعناها صعوبة التحفظ عن أمر وهي في العبادات وغيرها<sup>(2)</sup>.
- وهو بمعنى التعذر: «المتعذر يسقط اعتباره، والممكن يستصحب فيه التكليف»<sup>(3)</sup>.
- 4- العذر باختلاف العلماء: عدم الإنكار في مسائل الاختلاف، ومسائل الاجتهاد.
- يقول ابن القيم: «إذا لم يكن في المسألة سنة ولا إجماع، وللاجتهاد فيها مساغ، لم تنكر على من عمل فيها مجتهداً أو مقلداً»<sup>(4)</sup>.
- إن معرفة الاختلاف ضرورية للفقهاء، حتى يتسع صدره ويتسع أفقه، لقد قيل: «من لم يعرف اختلاف الفقهاء فليس بفقهاء»<sup>(5)</sup>.
- وقال يحيى بن سلام<sup>(6)</sup>: «لا ينبغي لمن لا يعرف الاختلاف، أن يفتي ولا يجوز لمن لا يعلم الأقاويل، أن يقول: هذا أحب إلي»<sup>(7)</sup>.
- إذا تقرر ما تقدم، من جواز الاختلاف بين أهل الحق، فأعلم أن هذا الاختلاف قد يكون سبباً للتيسير والتسهيل، والتيسير مقصد من مقاصد الشريعة، بنص الكتاب والسنة، كما مر عن الشاطبي وغيره<sup>(8)</sup>.
- 5- القول بالأخف: هذا قد يكون بين المذاهب، وقد يكون بين الاحتمالات المتعارضة أماراتها،

(1) ينظر: جمال الدين أبو محمد عبد الله الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، السعودية، ط1، 1418هـ-1997م، ج5 ص559، الكسائي، بدائع الصنائع، ج1 ص81.

(2) ينظر: النووي، روضة الطالبين، ج1 ص386، الشرييني، مغني المحتاج، ج1 ص193.

(3) ينظر: القرافي، الفروق، ج3 ص198.

(4) ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، ج3 ص365.

(5) ينظر: ابن عبد البر، جامع بيان العلم وفضله، تحقيق: أبو الأشبال الزهيري، دار ابن الجوزي، الدمام، ط1، 1414هـ-1994م، ج2 ص816.

(6) يحيى بن سلام: ابن أبي ثعلبة، الإمام العلامة أبو زكريا البصري، نزيل المغرب بإفريقية، ينظر: أبو بكر عبد الله بن محمد المالكي، رياض النفوس في طبقات علماء القيروان و إفريقية، تحقيق: بشير البكوش، محمد العروسي المطوي، دار الغرب الإسلامي، ج1 ص188-192، والذهبي، سير أعلام النبلاء، ج9 ص397.

(7) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج4 ص105.

(8) ينظر: عبد الله بن بيه، صناعة الفتوى وفقه الأقليات، ص181.

وقد صار إليه بعضهم<sup>(1)</sup>، لقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ

الْعُسْرَ﴾<sup>(2)</sup>، وقوله: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُم فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾<sup>(3)</sup>.

وهذا يخالف الأخذ بالأقل، فإن هناك يشترط الاتفاق على الأقل، ولا يشترط ذلك هاهنا، وحاصله يرجع إلى أن الأصل في المضار المنع، إذ الأخف منهما هو ذلك<sup>(4)</sup>.

الأول: قيل: يجب الأخذ بالأشق، كما قيل هناك يجب الأخذ بالأكثر<sup>(5)</sup>.

الثاني: يأخذ بأشد القولين لأن «الْحَقُّ ثَقِيلٌ مَرِيٌّ، وَالْبَاطِلُ خَفِيفٌ وَبِيٌّ»<sup>(6)</sup>.

وروى الترمذي من حديث عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «مَا خَيْرَ عَمَارٍ بَيْنَ أَمْرَيْنِ إِلَّا

اخْتَارَ أَشَدَّهُمَا». وفي لفظ: «أَرْشَدَهُمَا»<sup>(7)</sup>.

فثبت بهذين اللفظين للحديث، أن الرشد في الأخذ بالأشد.

الثالث: يأخذ بأخف القولين لعموم النصوص الدالة على التخفيف في الشريعة كقوله ﷻ: ﴿يُرِيدُ

اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾<sup>(8)</sup>، وقوله: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُم فِي

الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾<sup>(9)</sup>.

(1) ينظر: أبو عبد الله، شمس الدين محمد ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير في شرح التحرير لابن الهمام، دار الكتب العلمية بيروت، ط2، 1403هـ - 1983م، ج3ص469، وعبد العلي محمد بن نظام الدين، فواتح الرحموت، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، 1423هـ - 2002م، ج2ص406.

(2) الآية 185، من سورة البقرة.

(3) الآية 78، من سورة الحج.

(4) ينظر: عبد الله بن بيه، صناعة الفتوى وفقه الأقليات، ص181.

(5) ينظر: الزركشي، البحر المحيط، ج4ص340.

(6) ينظر: البغوي، شرح السنة، ج 14 ص 309.

(7) قال الألباني في السلسلة الصحيحة، ج2ص511: أخرجه الترمذي، ج4ص345، و ابن ماجه، ج1ص66، و

الحاكم، ج3ص388، من طريق عبد العزيز بن سياه عن حبيب ابن أبي ثابت عن عطاء بن يسار عن عائشة قالت: قال

رسول الله ﷺ: فذكره، و قال الترمذي: « حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث عبد العزيز بن سياه و هو شيخ

كوفي و قد روى عنه الناس ».

(8) الآية 185، من سورة البقرة.

(9) الآية 78، من سورة الحج.

وقوله ﷺ: « **لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ** »<sup>(1)</sup>، وقوله ﷺ: « **بُعِثْتُ بِالْحَنِيفِيَّةِ السَّمْحَةِ** »<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: قاعدة تغيير الفتوى بتغير الزمان

كان لعمل أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه، نصيب كبير في تأصيل هذه القاعدة، فمن ذلك أن عمر رضي الله عنه لم يعط المؤلفلة قلوبهم، مع وروده في القرآن، ورأى أن عز الإسلام، موجب لحرمانهم، وكذلك إغاؤه للنفي في حد الزاني البكر، خوفاً من فتنة المحدود، والتحاقه بدار الكفر؛ لأن إيمان الناس يضعف مع الزمن<sup>(3)</sup>.

و علي رضي الله عنه، يضمن الصناع بعد أن كانت يد الصانع أمانة، قائلاً: « لا يصلح الناس إلا ذاك »<sup>(4)</sup>. وفي الفتاوى: « إن لله أحكاماً لم تكن أسبابها موجودة في الصدر الأول، فإذا وجدت أسبابها ترتبت عليها أحكامها »<sup>(5)</sup>.

هذه القاعدة وردت في مجلة الأحكام العدلية بعنوان: « لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان »<sup>(6)</sup>.

وهي قاعدة ليست على إطلاقها، فليست كل الأحكام تتأثر بتغير الزمان، فوجوب الصلاة والصوم والزكاة والحج، وبر الوالدين، والكثير من أحكام المعاملات، و الأنكحة، وكذلك المنهيات القطعية، كالاعتداء على النفس والأموال والأعراض،... فكل تلك لا تستباح إلا بالضرورات التي تبيح الممنوعات<sup>(7)</sup>.

وبصفة عامة، فمحرمات المقاصد التي تعنى أن العقد يشتمل على المفسدة، التي نهى الشارع عنها لا تجيزها الحاجة<sup>(8)</sup>.

(1) سبق تخريجه ص 173.

(2) سبق تخريجه، ص 239.

(3) ينظر: صبحي المحمصاني، تراث الخلفاء الراشدين، دار العلم للملايين، بيروت، ط1، 1984م، ص 589.

(4) ينظر: الشاطبي، الاعتصام، ج 2 ص 119.

(5) ينظر: ابن رشد، أبو الوليد، فتاوي ابن رشد، تحقق: المختار بن طاهر التليلي، دار الغرب الإسلامي، 1407هـ-1987م، ج 2 ص 1631.

(6) ينظر: أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، اعتنى به: عبد الستار أبو غدة، مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، سوريا، ط2، 1409هـ-1989م، ص 227، وعلي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، دار عالم الكتب، 1423هـ-2003م، ج 1 ص 47، المادة 39.

(7) ينظر: عبد الله بن بيه، صناعة الفتوى وفقه الأقليات، ص 184.

(8) ينظر: عبد الله بن بيه، صناعة الفتوى، ص 184.

وقد أشار الشارع إلى ذلك، في مسائل كان نهى عنها، أو أمر بها فمن قبيل النهي قوله ﷺ: «**كنت قد نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها**»<sup>(1)</sup>.

وقد كان ﷺ نهى عن ادخار لحوم الأضاحي، ثم رفع النهي قائلاً: «**إِنَّمَا نَهَيْتُكُمْ مِنْ أَجْلِ الدَّاقَةِ فَكُلُوا وَادْخِرُوا**»<sup>(2)</sup>.

وإذا غلبت المشقة سقط الأمر، قوله ﷺ: «**لَوْلَا أَنْ أَشَقَّ عَلَيَّ أُمَّتِي لَأَمَرْتُهُمْ بِالسَّوَاكِ**»<sup>(3)</sup>. فالذي يتغير، هو الأحكام الاجتهادية، وأما القطعيات من الأحكام فلا تتغير، فلا يمكن أن تتغير الموارد، بدعوى أن المرأة أصبح لها شأن، ولا يمكن أن يتغير تحريم ربا النسب في بلاد الإسلام<sup>(4)</sup>.

وكذلك فإن تغير الفتوى بتغير الزمان والمكان، أمر معهود نص عليه غير واحد من العلماء، ولهم سلف من أعمال الصحابة ﷺ، وليس ذلك إلا لترجح مصلحة شرعية لم تكن راجحة في وقت من الأوقات، أو لدرء مفسدة حادثة لم تكن قائمة في زمن من الأزمنة<sup>(5)</sup>.

(1) مسلم، صحيح مسلم، كتاب الجنائز، باب استئذان النبي ﷺ ربه عز وجل في زيارة قبر أمه، ج2 ص672، رقم الحديث (977).

(2) مسلم، صحيح مسلم، كتاب الأضاحي، باب بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث في أول الإسلام، وبيان نسخه، ج3 ص1563، رقم الحديث (5012).

(3) أخرجه البخاري، التمني، ج9 ص85، رقم الحديث (7240)، ومسلم، الطهارة، باب السواك، رقم الحديث (252).

(4) ينظر: عبد الله بن بيه، صناعة الفتوى وفقه الأقليات، ص185.

(5) ينظر: عبد الله بن بيه، صناعة الفتوى وفقه الأقليات، ص185.

### ثالثاً: قاعدة تنزيل الحاجة منزلة الضرورة

إن دقة الفروق بين القاعدتين (تنزيل الحاجة<sup>(1)</sup> منزلة الضرورة<sup>(2)</sup>)، إن السؤال عن الفرق أنجح وسيلة لتحقيق القاعدة<sup>(3)</sup>.

إن أعمال الحاجة في الأحكام، أصبح من المشتبهات التي لا يعلمها كثير من الناس، أضف إلى ذلك أن أكثر القضايا الفقهية المعاصرة، سواءً تلك التي وقع البت فيها من طرف المجمع، أو تلك التي لا تزال منشورة أمامها، ترجع إلى إشكالية تقدير الحاجة، وتقدير الحكم الذي ينشأ عنها: هل تلحق بالضرورة فتعطي حكمها، أو لا تلحق بها؟<sup>(4)</sup>.

مما يعني أن تحديد علاقة الحاجة بالضرورة، أصبح مفتاحاً لأفعال معضلة المعاملات الفقهية في العصر الحديث، مع الإشارة إلى أهمية هذا الموضوع في فقه الأقليات. و نلاحظ أن الضرورة عند الأصوليين، أمر يورث ضيقاً ومشقة، إلا أن هذا الضيق يتفاوت في شدته<sup>(5)</sup>.

### 1- تأصيل مشروعية حكم الضرورة

قال تعالى: ﴿ وَفَدَّ بِصَلِّ لَكُمْ مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ ﴾

(1) تعريف الحاجة: الحاجة لغة: (والحاجة) المأربة (م) أي معروفة، الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ص 246. الحاجة اصطلاحاً: عرّفها الشاطبي بقوله: «أما الحاجيات فمعناها أنها مفتقر إليها من حيث التوسعة، ورفع الصّيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاّحقة بفوت المطلوب، فإذا لم ترع دخل على المكلفين على الجملة الحرج والمشقة ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقّع في المصالح العامة»، الموافقات، ج2 ص11.

(2) الضرورة لغة: الحاجة والشدّة لا مدفع لها، والمشقة، والجمع: ضرورات، والاضطرار: الاحتياج إلى الشيء، واضطره إليه: أحوجه وألجأه فاضطر. ينظر: وابن منظور، لسان العرب، ج4 ص483، وابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج3 ص360.

الضرورة اصطلاحاً: عرّفها السيوطي رحمه الله بقوله: «فالضرورة: بلوغه حدًا إن لم يتناوله الممنوع هلك أو قارب». الأشباه والنظائر، ص 95-97 و ينظر: ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، تحقيق: محمد مطيع الحافظ، دار الفكر، بيروت، 1999م، ص 107-109.

(3) ينظر: القرافي، الفروق، ج1 ص3.

(4) ينظر: عبد الله بن بيه، صناعة الفتوى وفقه الأقليات، ص189.

(5) ينظر: وليد صلاح الدين الزير، ضوابط الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة وتطبيقاتها على الاجتهادات المعاصرة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 26، العدد الأول، 2010م، ص 680.

إِلَيْهِ<sup>(1)</sup>.

جاء في أحكام القرآن: « ذكر الله تعالى الضرورة في هذه الآيات، وأطلق الإباحة في بعضها، لوجود الضرورة من غير شرط ولا صفة... »<sup>(2)</sup>، فاقضى ذلك وجود الإباحة، بوجود الضرورة، في كل حال وُجدت فيها<sup>(3)</sup>.

وقال تعالى: ﴿بِمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾<sup>(4)</sup>.

وقيل: معناه أكره وغلب على أكل هذه المحرمات<sup>(5)</sup>، والنصوص كثيرة بهذا المعنى.

وبالوقوف عند قوله تعالى: ﴿وَقَدْ بَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا

أَضْطَرُّرْتُمْ إِلَىٰ﴾<sup>(6)</sup>.

يفهم من النص معنيين: المعنى الذي ذكر في أحكام القرآن، وهو وجود الإباحة حيثما وجدت الضرورة، ومعنى آخر، وهو إنما فصل من المحرمات لا تبيحه إلا الضرورة، وهذا ما يشير إليه الحصر في استثناء عموم من عموم، يمكن أن يفهم منه بسهولة أن الحاجة، إنما تدخل المجملات، ولا تدخل في المفصلات والله أعلم<sup>(7)</sup>.

## 2- مجالات تدخل فيها الحاجة

### أ- الحاجة والغرر

من أهم المجالات التي تدخلها الحاجة عقود الغرر<sup>(8)</sup>، وبيع الغرر ممنوع شرعاً، بنص الكتاب

(1) الآية 119، من سورة الأنعام.

(2) ينظر: الجصاص، أحكام القرآن، ج1 ص154.

(3) ينظر: الجصاص، أحكام القرآن، ج1 ص147.

(4) الآية 173، من سورة البقرة.

(5) ينظر: ابن عطية، المحرر الوجيز، ج2 ص71.

(6) الآية 119، من سورة الأنعام.

(7) ينظر: عبد الله بن يبه، صناعة الفتوى ص199.

(8) تعريف الغرر لغةً: الغرر هو الخطر، يطلق على: الغفلة، ويطلق أيضاً على: مجهول العاقبة، ينظر: ابن منظور، لسان

العرب، ج5 ص11، مادة: (غرر)، وابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج4 ص381، مادة (غر).

تعريف الغرر اصطلاحاً: عرفه السرخسي: « الغرر: ما يكون مستور العاقبة » الميسوط، ج15 ص177.

لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾<sup>(1)</sup>، ومحرم بنصوص

السنة، أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع الحصة، وعن بيع الغرر»<sup>(2)</sup>.

علّق عليه صاحب المنتقى بقوله: «نهيه ﷺ عن بيع الغرر، يقتضي فساد، ومعنى بيع الغرر - والله أعلم - ما كثر فيه الغرر، وغلب عليه، حتى صار البيع يوصف ببيع الغرر، فهذا الذي لا خلاف في المنع منه»<sup>(3)</sup>.

وجه ما ذكر، أن مجرد وجود الغرر، ليس مبطلاً للعقد، حتى يكون غالباً ناشئاً عن كون إضافة البيع إلى الغرر، هي من إضافة الموصوف إلى الصفة<sup>(4)</sup>.

### ب- الغرر المضاف

واعتبر المالكية أن الغرر إذا كان مضافاً لأصل جائز، يغتفر للحاجة بخلاف ما لو كان الغرر أصلاً في العقد، فيبطل العقد.

وهذا الكلام واضح في أمرين، أحدهما أن الغرر قد يجوز تبعاً للحاجة، ويجوز منه اليسير، وأن الربا لا يجوز منه قليل ولا كثير<sup>(5)</sup>.

ومن هذا القبيل تأثير الحاجة، معتمدة على اشتغال العقد على معنى الرفق، والمعروف فقد يكون العقد في أصله حراماً، ولكنه يباح للحاجة، بناءً على ما علم من الثقات الشارع للمعروف والرفق<sup>(6)</sup>.

وهذه الصيغة، التي اعتبرت تشتمل على جهل قدر الأجرة وصفتها<sup>(7)</sup>.

(1) الآية 188، من سورة البقرة.

(2) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه في باب «بطلان بيع الحصة والبيع الذي فيه غرر» رقم الحديث (1513)، النووي، شرح صحيح مسلم، ج11 ص156.

(3) ينظر: الباجي، المنتقى، ج5 ص41.

(4) ينظر: عبد الله بن بيه، صناعة الفتوى وفقه الأقليات، ص208.

(5) ينظر: المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج4 ص365.

(6) ينظر: عبد الله بن بيه، صناعة الفتوى وفقه الأقليات، ص225.

(7) ينظر: عبد الله بن بيه، صناعة الفتوى وفقه الأقليات، ص227.

### رابعاً: قاعدة العرف

العرف<sup>(1)</sup>، هو ما يتعارف عليه الناس، كالمعروف، وحجية العرف مستفادة من الكتاب والسنة،

قال تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّفَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>(2)</sup>، ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ

فَدْرَهُ، وَعَلَى الْمُفْتِرِ فَدْرَهُ، مَتَّعاً بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>(3)</sup>.

وفي الحديث: «**خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدِكَ بِالْمَعْرُوفِ**»<sup>(4)</sup>.

ومما يستدل به لحجية العرف، السنة التقريرية كتقرير النبي ﷺ للناس على صنائعهم وتجاراتهم،

«**قدم النبي ﷺ المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين**»<sup>(5)</sup>.

وقد أقرَّ ﷺ: «**القسامة على ما كانت عليه في الجاهلية**»<sup>(6)</sup>.

قال القرافي: «وأما العرف فمشارك بين المذاهب، ومن استقرائها وجدهم يصرحون بذلك،

فيها»<sup>(7)</sup> ولهذا اعتبرته المذاهب الفقهية، فقد ورد عن الأحناف حمل بعضهم قوله ﷺ: «**الطعام**

(1) العرف في اللغة: ترجع معاني مادة (ع ر ف) إلى أصليين، هما: الأول: تتابع الشيء متصلاً ببعضه ببعض. والثاني:

السكون والطمأنينة. ومن الأصل الثاني: وهو السكون والطمأنينة: المعرفة والعرفان، تقول: عرف فلان فلاناً عرفاناً،

ومعرفة: عرفه. والعرف: المعروف، ينظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج4 ص281.

في الاصطلاح: وردت تعريفات عدة للعرف منها: «عادة جمهور قوم، في قول أو فعل»، الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل

الفقهي العام، ج2 ص840.

(2) الآية241، من سورة البقرة.

(3) الآية243، من سورة البقرة.

(4) أخرجه البخاري، صحيح البخاري، كتاب النفقات باب إذا لم ينفق الرجل للفرقة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها

بالمعروف، ج6 ص193، حديث رقم الحديث(5364)، ومسلم، صحيح مسلم، كتاب القضية باب قضية هند،

ج3 ص1338، رقم الحديث (1714).

(5) البخاري، صحيح البخاري، ج4 ص428، رواه البخاري في (السلم)، باب (السلم في وزن معلوم)، رقم

الحديث(2241)، ومسلم، صحيح مسلم، ج11 ص41، مسلم في (المساقاة)، باب (السلم)، حديث رقم الحديث

(1604).

(6) أخرجه البخاري، صحيح البخاري، كتاب مناقب الأنصار، باب القسامة في الجاهلية، ج3 ص1396 رقم الحديث

(3632)، و مسلم في الحدود باب القسامة، رقم الحديث (1670).

(7) ينظر: القرني، شرح تنقيح الفصول، ص488، وعادل عبد القادر قوتة، العرف، لمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب،

البنك الإسلامي للتنمية، ط1، 1428 هـ - 2007م، ص129.



بالطعام»<sup>(1)</sup>. على البُر لأنه كان طعامهم<sup>(2)</sup>.

وعن مالك، أنه خصص قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ

كَامِلَيْنِ﴾<sup>(3)</sup> بالعرف قائلاً: «إن المرأة الشريفة، لا ترضع بناءً على العرف، وهو يوجب الرضاع على غيرها»<sup>(4)</sup>.

أما الشافعي، فالذي رآه أن عرف المخاطبين لا يوجب تخصيص لفظ الشارع<sup>(5)</sup>.

عن الإمام أحمد، فإنه يقول في الجائحة: «إني لا أقول في عشر ثمرات ولا عشرين ثمرة، ولا أدري ما الثلث، ولكن إذا كانت جائحة تعرف الثلث أو الربع أو الخمس توضع». وقال ابن قدامة إنه ظاهر المذاهب<sup>(6)</sup>.

ما نُقل يدل على أن العرف، قد يكون أساساً لاستنباط الحكم، إلا أن العرف قد يكون أساساً لتغير الفتوى، لهذا فإن العلماء فيما يتعلق بالعرف، لم يفرقوا بين مجتهد ولا مقلد<sup>(7)</sup>.

إن المتأخرين الذين خالفوا المنصوص، في المسائل المارة لم يخالفوه، إلا لحدوث عرف بعد زمن المفتي، وكذا لا بد له من معرفة عرف زمانه وأحوال أهله، والتخرج في ذلك على أستاذ ماهر<sup>(8)</sup>، ولذا قال: «و أن الرجل حفظ جميع كتب أصحابنا، لا بد أن يتلمذ للفتوى حتى يهتدي إليه؛ لأن كثيراً من المسائل يجاب عنه على عادات أهل الزمان فيما لا يخالف الشريعة»<sup>(9)</sup>.

هذا كله صريح من العمل بالعرف، ما لم يخالف الشريعة صراحة كالربا، ونحو ذلك فلا بد للمفتي والقاضي، بل والمجتهد من معرفة أحوال الناس<sup>(10)</sup>.

(1) مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل، رقم الحديث (1592).

(2) ينظر: الجويني، البرهان، ج 1 ص 446.

(3) الآية 231، من سورة البقرة.

(4) ينظر: القرطبي، جامع الأحكام، ج 3 ص 161.

(5) ينظر: الجويني، البرهان، ج 1 ص 446.

(6) ينظر: ابن قدامة، المغني، ج 6 ص 179.

(7) ينظر: عبد الله بن بيه، صناعة الفتوى وفقه الأقليات، ص 249.

(8) ينظر: عبد الله بن بيه، صناعة الفتوى وفقه الأقليات، ص 255.

(9) ينظر: محمد أمين بن عمر ابن عابدين، نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، مكتبة الحرمين، الرياض،

ج 2 ص 129.

(10) ينظر: عبد الله بن بيه، صناعة الفتوى وفقه الأقليات، ص 257.

### خامساً: قاعدة النظر في المآلات

ومما يصب في صميم المصلحة، ويسير في نهجها قاعدة النظر في المآلات في الأقوال والأفعال<sup>(1)</sup>، وقد نص الشاطبي على أن المفتى عليه أن ينظر في مآل فتواه<sup>(2)</sup>.

وأصل ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ

عَدُوًّا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾<sup>(3)</sup>، وقوله ﷺ: «لولا قومك حديث عهدهم بكفر، لأست البيت على قواعد إبراهيم»<sup>(4)</sup>، وقوله في تعليل انصرافه عن قتل المنافقين: «دعه لا يتحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابه أخاف أن يتحدث الناس أن محمد يقتل أصحابه»<sup>(5)</sup>.

إن الصحابة فهموا مقصد الشارع، والمقاصد هي المعاني التي تعتبر حكماً، وغايات التشريع، فتصرفوا طبقاً لذلك، فهذا أمير المؤمنين عمر ﷺ يترك تغريب الزاني البكر، مع وروده في الحديث حيث قضى ﷺ، بجلده مائة وتغريب سنة، وذلك لما شاهد من كون التغريب، قد يؤدي إلى مفسدة أكبر، وهي اللحاق بأرض العدو وقال: «لَا أُعْرَبُ بَعْدَهُ مُسْلِمًا»<sup>(6)</sup>.

وأيضاً فإن عمر بن عبد العزيز ﷺ، لما تولى الملك أجل تطبيق بعض أحكام الشريعة، فلما استعجله ابنه في ذلك أجابه بقوله: «أخاف أن أحمل الناس على الحق جملة، فيدفعونه جملة، ويكون من ذا فتنة»<sup>(7)</sup>.

وقد فهم ذلك العلماء، فرتبوا عليه أولويات الأمر والنهي: «إنما حرم الله الخمر؛ لأنها تصد عن ذكر الله وعن الصلاة، وهؤلاء يصد هم الخمر عن قتل النفوس وسبي الذرية، وأخذ الأموال

(1) التوسع في هذه القاعدة والتفصيل فيها، قد سبق في الفصل الثاني من البحث.

(2) الشاطبي، الموافقات، ج5 ص177، 178.

(3) الآية 108، من سورة الأنعام.

(4) البخاري، صحيح البخاري، باب العلم، رقم الحديث (126)، ومسلم، صحيح مسلم، باب الحج، رقم الحديث (1333).

(5) صحيح البخاري، تفسير القرآن، ج4 ص1863، رقم الحديث (4624)، مسلم، صحيح مسلم، باب البر والصلة والآداب، رقم الحديث (2584).

(6) ضعيف أخرجه النسائي في سننه الكبرى، في كتاب الأشربة، باب: تغريب شارب الخمر، ج3 ص231، رقم الحديث (5186)، وضعفه الألباني في صحيح وضعيف النسائي، رقم الحديث (5676).

(7) ينظر: ابن عبد ربه الأندلسي، العقد الفريد، تحقيق: مفيد محمد قميحة، دار الكتب العلمية، ط1، 1404هـ - 1983م، ج1 ص39، وحكيت بلا إسناد في كتب الأدب كالعقد الفريد.

فدعهم»<sup>(1)</sup>.

وسد ذرائع الحرج والمشقة، وقد يسميه البعض بفتح الذرائع؛ لأنه ترك لبعض فضائل الأعمال خوفاً من إعنات المكلفين، كما ترك **صلاة العشاء** قائلاً: «**هذا وقتها لولاً أن أشق على أمتي**»<sup>(2)</sup>، وصار الأفضل مفضولاً خوفاً من المشقة<sup>(3)</sup>.

وعلى هذا يبني كثير من قرارات المجلس الأوروبي، حيث يمنع أئمة المساجد من عقد النكاح، قبل أن يعقد عقداً مدنياً أمام السلطة؛ لأن من شأن تلك العقود، وإن كانت مستوفية الشروط أن تؤل إلى خصومات، وربما حرمان المرأة من حقوقها، وحرمان الأولاد من نسبهم؛ لعدم توثيق العقد وهذا من باب النظر في المآلات<sup>(4)</sup>.

### سادساً: قاعدة قيام جماعة المسلمين مقام القاضي

يتفرع عليها: تصرفات المراكز الإسلامية، في قضايا الأقلية المسلمة الشرعية ومستنداتها شرعاً، ونفصل الكلام فيه على ما يأتي:

إن الشريعة الإسلامية، رتبت شئون الناس بناء على حكمة بالغة، ومصالح قائمة، وفي نفس السياق حددت المسؤوليات، و إناطتها بجهات معينة مكلفة.

ومن هذه الخطط القضاء، ويتولاه قضاة يعينهم ولي الأمر، بمواصفات معروفة، في كتب الفقه أولها العلم والديانة، وحيث أنه لا يوجد في المهجر قضاة شرعيون، فإن المراكز الإسلامية، يمكن أن تمنح صفة شرعية لفض بعض النزاعات، طبقاً لما سماه الفقهاء تارة بجماعة المسلمين، ومرة بالعدول، الذين يقومون مقام القاضي، وذلك أن الإمام في الأصل نائب عن الجماعة، فلا يستبعد أن تنوب الجماعة إذا تعذر وجوده، لما ورد في الأثر موقوفاً على ابن مسعود **«ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»**<sup>(5)</sup>، وقد صرح العلماء بأن جماعة المسلمين تقوم مقام القاضي عند عدمه، وفي حالات نادرة في وجوده كما سنقف عليه<sup>(6)</sup>.

(1) ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، ج3 ص13، و الشاطبي، الموافقات، ج5 ص55.

(2) أخرجه البخاري في كتاب التمني، باب ما يجوز من اللو وقوله تعالى: لوان لي بكم قوة، ج9 ص85، حديث رقم (7239)، وأخرجه مسلم، في كتاب المساجد، ومواضع الصلاة، باب وقت العشاء وتأخيرها، حديث رقم (668).

(3) ينظر: عبد الله بن بيه، صناعة الفتوى وفقه الأقليات، ص263.

(4) المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث الدورة العشرين المنعقدة باسطنبول قرار 4/20/ حول الزواج العرفي.

(5) سبق تخريجه، ص200.

(6) ينظر: عبد الله بن بيه، صناعة الفتوى، ص270.

وفى التاج والإكليل: « لو كانت المرأة في موضع لا سلطان فيه، لرفعت أمرها إلى صالحى جيرانها، ليكشفوا عن خبر زوجها، ويضربوا لها أربعة أعوام، ثم عدة الوفاة، وتحل للأزواج؛ لأن فعل الجماعة في عدم الإمام كحكم الإمام»<sup>(1)</sup>.

وإذا كانت بعض الظواهر تفيد اعتبار الحاكم فقط دون العدول ( جماعة المسلمين): « وفى إرسالها القول قولها إن رفعت من يومئذ لحاكم لا لعدول وجيران»<sup>(2)</sup>، فإنما ذلك مع وجود السلطان حيث يختلف العلماء في اعتبار العدول، مع وجود السلطان، كما يشير إليه النقل في هذه المسألة، والذي استمر عليه قضاة بلدنا أن الرفع إلى العدول، كالرفع إلى السلطان<sup>(3)</sup>.

قال أبو عمران الفاسي<sup>(4)</sup>: «أحكام الجماعة الذين تمتد إليهم الأمور عند عدم السلطان نافذ منها كل ما جرى على الصواب والسداد، في كل ما يجوز فيه حكم السلطان، وكذلك كل ما حكم فيه عمال المنازل من الصواب ينفذ»<sup>(5)</sup>.

وقاعدة قيام الجماعة مقام الحاكم والقاضي، معروفة في المذهب المالكي، على اختلاف في دخولها في بعض النوازل<sup>(6)</sup>.

وفي المذاهب الفقهية الأخرى، إشارات منها، فمن ذلك جاء في الأحكام السلطانية: «ولو أن بلدا خلا من قاض أجمعوا على أن قلدوا عليهم قاضيا نظرت فإن كان الإمام موجودا بطل التقليد وإن كان مفقودا صح ونفذت أحكامه»<sup>(7)</sup>.

فيفهم من كلامه، أن من تراضى عليه المسلمون، يمكن أن يحكم بينهم، فيما سوى الحدود والدماء<sup>(8)</sup>.

<sup>(1)</sup> ينظر: المواق، التاج والإكليل، ج4ص156.

<sup>(2)</sup> ينظر: محمد بن أحمد بن محمد (عليش)، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج4ص412.

<sup>(3)</sup> ينظر: المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج5ص580.

<sup>(4)</sup> هو أبو عمران موسى بن عيسى بن أبي حاج الغفجومي الفاسي القيرواني: الفقيه الحافظ العالم الإمام المحدث، ولد سنة ثمان وستين وثلاثمائة، توفي في 13 رمضان سنة (430 هـ)، ينظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، ص269، ومحمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ج1ص255.

<sup>(5)</sup> ينظر: الونشريسي، المعيار المعرب، ج10ص102، 103.

<sup>(6)</sup> ينظر: عبد الله بن بيه، صناعة الفتوى، ص275.

<sup>(7)</sup> ينظر: أبو يعلى، محمد بن الحسين، الأحكام السلطانية، تعليق: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية-بيروت، لبنان، ط2، 1421هـ-2000م، ص73.

<sup>(8)</sup> ينظر: عبد الله بن بيه، صناعة الفتوى، ص276.

إن هذه المسألة في كتب الفروع محسومة، فغير المسلم ليس أهلا للحكم في شؤون المسلمين، لا قاضيا ولا حكما، لقوله ﷺ ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾<sup>(1)</sup>، والآية وردت بصورة الخبر ويراد به الأمر<sup>(2)</sup>.

ومع ذلك فإن أوضاع المسلمين، في ديار غير المسلمين، حيث لا يسمح بإنشاء محاكم إسلامية يتحاكمون أمامها، وتخضع منازعاتهم بالكلية لقوانين قضاة البلد، الذي يقيمون فيه تجعل حالهم مندرجا ضمن الضرورات، التي لها أحكامها، والتي تتخذ من المصالح معيارا للحكم والإمكان، والاستطاعة أساسا للتكليف، لقوله تعالى ﴿بَاتِفُوا لِلَّهِ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾<sup>(3)</sup>.

ولهذا يرى المجلس الأوروبي للبحوث والإفتاء، «أن أحكام المحاكم غير المسلمة ينفذ بالطلاق، لما يترتب على عدم ذلك من وجود حالة من التعليق، يكون الرجل متمسكا بعصمة زوجته، وتكون فيها المرأة مرسلة خارج بيت الزوجية، مستندة إلى الحكم الصادر من المحكمة، وكأن الزوج وكُل القاضي غير المسلم، بحل العصمة بدلا منه، وهي وكالة ممتدة طيلة بقاء النكاح بين الزوجين»<sup>(4)</sup>. وفي هذا التحريج من البعد ما لا يخفى: «فالأعم كما يقول العلماء لا أشعار له بأخص معين»<sup>(5)</sup>، عقد النكاح في تلك البلاد، قد يكون صاحبه ذاهلا وغافلا عن مسألة الطلاق، فضلا عن أن يكون عاقدا توكيلا - فكل ما احتاج إلى إذن، فإنه يحتاج إلى صريحه، كما تقول القاعدة - أخذنا من الحديث: «الثَّيْبُ تُعْرَبُ»<sup>(6)</sup>.

وحيث يقول أيضا في الشهادة وهي صنو القضاء: «بل لو تعذرت العدالة في جميع الناس، لما جاز تعطيل المصالح المذكورة، بل قدمنا أمثل الفسقة فأمثلهم، و أصلحهم للقيام بذلك

(1) الآية 141 من سورة النساء.

(2) ينظر: عبد الله بن بيه، صناعة الفتوى، ص 276.

(3) الآية 16، من سورة التغابن.

(4) قرارات وتوصيات المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، في الفترة 30 محرم - 3 صفر 1421 هـ الموافق 4-7 مايو

2000م، القرار 5/3، الموقع الإلكتروني: [www.e-cfr.org](http://www.e-cfr.org)

(5) ينظر: القرافي، أحمد بن إدريس، أنوار البروق في أنواع الفروق، ج 1 ص 215.

(6) ينظر: الهيثمي نور الدين علي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، تحقق: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، القاهرة، 1414 هـ - 1994م، ج 4 ص 279، والبيهقي، السنن الكبرى، ج 2 ص 101، وابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج 1 ص 602، وأحمد، مسند أحمد، ج 4 ص 192، قال الألباني: (صحيح) ينظر: رقم الحديث (13) في صحيح الجامع، وفي إرواء الغليل، ج 1 ص 363، رقم الحديث (1836).

فأصلحهم، بناء على أنا إذا أمرنا بأمر أتينا منه بما قدرنا عليه، ويسقط عنا ما عجزنا عنه، ولا شك أن حفظ البعض، أولى من تضييع الكل، وقد قال شعيب رضي الله عنه: ﴿إِنْ أُرِيدُ إِلَّا الْإِصْلَاحَ مَا اسْتَطَعْتُ﴾<sup>(1)</sup> وقال الله تعالى: ﴿بَاتَّفُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾<sup>(2)</sup>، فعلق تحصيل مصالح التقوى على الاستطاعة، فكذلك المصالح كلها<sup>(3)</sup>.

وضع المسلمين في ديار غير المسلمين، حيث تبين أن أوضاعهم أوضاع ضرورة بالمعنى العام، لهذه الكلمة، مما يقتضي اجتهاداً فقهياً بمعنى من معاني الاجتهاد الثلاثة المشار إليها، وهو اجتهاد يستنفر النصوص، والمقاصد، والفروع، والقواعد<sup>(4)</sup>.

قد سبق ذكر بعض القواعد، من خلالها يتعامل الفقيه مع قضايا فقه الأقليات، وهي قواعد أساسها التيسير ورفع الحرج بضوابطه وشروطه، ويمكن الاعتماد على الصق هذه القواعد بموضوع النازلة وهي قاعدة: «إقامة جماعة المسلمين مقام القاضي».

باعتباره مستند تخويل المراكز الإسلامية، صلاحية البت في قضايا التنازع بين الزوجين، وبخاصة في دعوى الضرر وإيقاع الطلاق والخلع.

ولما تقدم فإنه يجوز للمراكز الإسلامية، وما في حكمها مما يعتبر مرجعاً لجماعة المسلمين، أن تقرر تطليق المرأة التي قد صدر لها حكم من محكمة غير إسلامية، أو لم يصدر لها حكم، ورفع الزوجان أمرهما إليها<sup>(5)</sup>.

(1) الآية 88، من سورة هود.

(2) الآية 16، من سورة النعابن.

(3) ينظر: العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج2 ص45.

(4) ينظر: عبد الله بن بيه، صناعة الفتوى، ص 287.

(5) ينظر: عبد الله بن بيه، صناعة الفتوى، ص278، 279.

### المبحث الثاني: اعتبار المآلات وسيلة لحل النزاع بين القوانين

كلما اتصلت علاقة قانونية بدولة أجنبية أو أكثر، سواء كان ذلك من ناحية الأشخاص أو المحل أو السبب، مما تنجر عنه مشكلة اختيار أنسب القوانين لصياغة الحكم العادل لها. لأجل ذلك اتجه أكثر الفقهاء، نحو الوضعية الخاصة لحل تنازع القوانين، فأكثر حلول النزاع، توضع من كل دولة بتدخل المشرع الوطني، لإدراج قواعد معينة تسمى في القانون الدولي الخاص بقواعد الإسناد، أو قواعد تنازع القوانين. والقاضي عليه أن يسير وفق خطة رسمها له المشرع سابقا، للوصول إلى الحول الممكنة لقضايا النزاع المثار أمامه.

ونجد في الفقه الإسلامي ثمت ما يشبه هذه الخطوات، وهو ما يسمى بمداك النظر في القضايا، ويكون ذلك وفق النظر في المآلات وتحقيق مقاصد الشرع. وعليه فإن هذا المبحث سيبين نوع من التشابه، بين النظر في قضايا النزاع بين القوانين، والنظر في مدارك الأحكام بناء على المآلات.

### المطلب الأول: الحلول الوضعية لحل النزاع بين القوانين

تبدأ عملية تنازع القوانين، بتأكد القاضي المعروض عليه النزاع من اختصاص محكمته بنظر الدعوى اختصاصا قضائياً دولياً ( وهي مرحلة سابقة)، فإذا ما تأكد من توافر إحدى حالات هذا الاختصاص، وفقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي في قانونه الوطني، ينتقل إلى المرحلة اللاحقة ألا وهي مرحلة تحديد الوصف القانوني الصحيح لموضوع النزاع<sup>(1)</sup>. إذ أن قواعد الإسناد بوصفها الآلية المتبعة لحل النزاع، وتحديد القانون المختص إنما ترد على سبيل الحصر، فلكل فكرة مسندة قاعدة إسناد تخصصها، فلأهلية قاعدة إسناد، والالتزامات التعاقدية والوصية والميراث وهكذا.

كما نجد في الشريعة الإسلامية خاصة الذين بحثوا في فقه النوازل، فقد استنبطوا من كتب الفقه القديمة مراحل للنظر في البحث عن الفتاوى والأحكام، وهذه المراحل تتمثل في التصوير، ثم التكييف، والتطبيق أو التوقف.

وتفصيل هذا الكلام في الفروع الآتية.

(1) ينظر: هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، ص 37.

### الفرع الأول: تنازع الاختصاص القضائي الدولي

في كل دولة يضع المشرع قواعد الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية، سواء كان هذا الاختصاص داخليا أم دوليا، و يتم الاختصاص الداخلي، عن طريق قواعد المرافعات المدنية، أما الاختصاص الدولي وهو المتعلق بالعلاقة القانونية ذات عنصر أجنبي، فيكون بمقتضى قواعد الاختصاص الدولي، حيث يتحدد بموجبها اختصاص المحاكم الوطنية، بالمنازعات الخاصة، بالعلاقات القانونية المتضمنة عنصرا أجنبيا<sup>(1)</sup>.

### أولا: طبيعة قواعد الاختصاص القضائي الدولي

إن طبيعة قواعد الاختصاص القضائي الدولي، تنقسم إلى ثلاثة قواعد أساسية، و تتمثل هذه القواعد في:

#### 1- قواعد مادية

على عكس قواعد تنازع القوانين، لا تتولى قواعد الاختصاص القضائي، تحديد القانون الذي يعين المحكمة المختصة بالنظر في النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، وإنما تتولى هي بنفسها تحديد ما إذا كانت المحاكم الوطنية مختصة، أم غير مختصة بالنظر فيه.

وعلى هذا الاعتبار، لا تعتبر قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي، قواعد إسناد، وإنما تعتبر قواعد مادية، مهمتها تحديد الحالات التي يعتبر فيها القضاء الوطني مختصا، بالنظر في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي<sup>(2)</sup>.

#### 2- قواعد أحادية الجانب

إن قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي، هي قواعد مفردة الجانب؛ لكونها تبين اختصاص المحاكم الوطنية، دون اختصاص المحاكم الأجنبية.

وتبرير ذلك، هو أن قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي قريبة من القانون العام، و أن الدول نتيجة غيرتها على سيادتها، لا تقبل أن يكون اختصاص محاكمها محددًا، من طرف مشرع أجنبي<sup>(3)</sup>.

(1) ينظر: حسين الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، ص 233.

(2) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية، ص 9.

(3) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، ص 11.



### 3- قواعد وطنية

يترتب على وطنية، قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي، أن التكييفات الضرورية لتطبيقها، تخضع هي أيضا للقانون الوطني، فمثلا إذا كانت قواعد الاختصاص القضائي في الجزائر قد عقدت الاختصاص للمحكمة الجزائرية، لما يكون موطن المدعى عليه في الجزائر، فإن تحديد مفهوم الموطن يتم وفقا للقانون الجزائري<sup>(1)</sup>.

#### ثانيا: علاقة تنازع الاختصاص القضائي الدولي بتنازع القوانين

يعتبر الاختصاص القضائي الدولي، عملية سابقة في حل التنازع بين القوانين، ولا يمكن للقاضي أن يبت في النزاع الدولي، ما لم يعقد له الاختصاص، وفي ما يلي نوضح علاقته بتنازع القوانين.

#### 1- الاختصاص القضائي الدولي سابق لتنازع القوانين

لما يعرض النزاع المشتعل على عنصر أجنبي على القاضي الوطني، فإنه قبل أن يبحث عن القانون الواجب التطبيق عليه، ينظر أولا هل محاكم دولته مختصة بالنظر فيه أم لا؟، فإذا وجد أنها مختصة، بحث حينئذ عن القانون الواجب التطبيق عليه، و هذا ما جعل قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي سابقة عن مشكلة تنازع القوانين<sup>(2)</sup>.

#### 2- الاختصاص القضائي الدولي مستقل عن تنازع القوانين

قد تقضي قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي الجزائرية، باختصاص المحاكم الجزائرية، بالنظر في النزاع المشتعل على عنصر أجنبي، لكن ذلك لا يستتبع حتما، أن يكون القانون الجزائري هو الواجب التطبيق عليه، إذا قد تقتضي قواعد الإسناد بتطبيق قانون أجنبي عليه، فليس هناك تلازم بين الاختصاص القضائي الدولي و تنازع القوانين « مشكلة تنازع القضائي الدولي مشكلة قائمة بذاتها، و مستقلة عن مشكلة تنازع القوانين»<sup>(3)</sup>.

(1) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، ص 11.

(2) ينظر: حسين الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، ص 234.

(3) ينظر: بحث بعنوان: أثر الإختصاص القضائي الدولي في تنازع القوانين موقع العلوم القانونية، الموقع:

<http://www.marocdroit.com>، تاريخ الزيارة 2013/6/29م.

### 3- تأثير الاختصاص القضائي الدولي في تنازع القوانين

إذا كان موضوع تنازع الاختصاص القضائي الدولي، مستقلا عن موضوع تنازع القوانين، فإن هذا لا يعني عدم وجود أي تأثير للأول على الثاني، فالقانون الواجب التطبيق، يختلف بحسب المحكمة المعروض عليها النزاع، لاختلاف قواعد الإسناد، وقواعد التكييف، و قبول الإحالة من عدمه، من دولة إلى أخرى<sup>(1)</sup>.

#### الفرع الثاني: مرحلة تحديد الوصف القانوني

ويقصد بالوصف القانوني، التكييف وهو على نوعين تكييف أولي وتكييف ثانوي.

#### أولاً: التكييف الأولي

هي عملية فنية أولية سابقة على الإسناد، بمقتضاه تتحدد طبيعة العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، لغرض إعطائها الوصف القانوني الملائم، لأحد الأفكار المسندة، تمهيدا لإسنادها للقانون الواجب التطبيق<sup>(2)</sup>.

وبهذا المعنى يعد التكييف البداية لأعمال قواعد الإسناد، فإن تم التكييف بالشكل الصحيح، فإن ذلك ينسحب على الإسناد، وأي خطأ في التكييف ينعكس بالمثل على الإسناد، وبعده يصبح تطبيق القاعدة مشوب بخطأ، يخضع لرقابة المحاكم العليا؛ لأن أعمال القواعد مسألة قانونية<sup>(3)</sup>.

#### ثانياً: التكييف الثانوي

هي عملية فنية لاحقة، على عملية الإسناد، يجريها قاضي النزاع بموجب القانون المختص بحكم النزاع، الغرض منها البحث عن القواعد الموضوعية، في القانون الذي سيحكم النزاع، و الملائمة للعلاقة، مثال ذلك، الطعن بأهلية فرنسي مقيم في الجزائر أمام قاضي النزاع الجزائري، يقوم هذا الأخير بتكييف الطعن، بحسب القانون الجزائري<sup>(4)</sup>.

أما تحديد ما يعد من عوارض الأهلية، كالعته و السفه، تكون بموجب القانون الأخير، أي أن القاضي الجزائري، سيضع الطعن في خانة قاعدة الإسناد الخاصة بالأهلية، وبعدها يراجع

<sup>(1)</sup> ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، ص 13، 14.

<sup>(2)</sup> ينظر: مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص 96.

<sup>(3)</sup> ينظر: جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر، 2006م، ص 38.

<sup>(4)</sup> ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ص 92.

القانون الفرنسي المشار إليه، من قبل قاعدة الإسناد، لاختيار القاعدة الموضوعية المناسبة لتفاصيل موضوع للطعن، وهي عوارض الأهلية<sup>(1)</sup>.

وقد أخذ المشرع الجزائري بنظرية (بارتن) في التكيف بموجب المادة (09) من القانون المدني، التي تنص: « يكون القانون الجزائري، هو المرجع في تكيف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق».

كما أن المشرع الجزائري، أخذ بموجب التعديل الجديد للقانون المدني، بالاستثناء الذي أورده (بارتن) على نظريته بخصوص الأموال، و هكذا فقد نصت المادة (17فقرة1): « يخضع التكيف سواء كان عقارا أو منقولا، إلى قانون الدولة التي يوجد فيها»<sup>(2)</sup>.

### **الفرع الثالث: تطبيق قاعدة الإسناد وإعمالها**

تتكون قاعدة الإسناد، من ثلاثة عناصر، هي فكرة الإسناد، وضابط الإسناد، و القانون المسند إليه، ففكرة الإسناد هي العلاقة أو المسألة موضوع التنازع، ويكشف عن طبيعتها من خلال آلية التكيف، فالأخير يصنف العلاقات على شكل أفكار مسندة، تتمثل بالأهلية و الزواج و الطلاق و النفقة و الميراث والوصية...

ضابط الإسناد هو الوسيلة التي تصل فكرة الإسناد بالقانون المسند إليه، وهذا الضابط يستمد وجوده وطبيعته من مركز ثقل العلاقة<sup>(3)</sup>.

ولما كانت العلاقة تتكون من ثلاثة عناصر، وهي الأشخاص و الموضوع و السبب، فإذا كان مركزها العنصر الأول، فإن الضابط ستكون طبيعته شخصية، أي تستمد من الشخص ويظهر الضابط بمظهر الجنسية، أو الموطن، حسب الدولة فتحسب العلاقة من مسائل الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والأهلية<sup>(4)</sup>.

أما إذا كان مركز ثقل العلاقة العنصر الثاني، من العلاقة فستكون من مسائل الأحوال العينية، و الضابط سيكون إقليمي، أي يستمد من الإقليم طبيعته، ويتمثل بموقع المال، أو محل إبرام التصرف أو تنفيذه<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: محمد حبار، القانون الدولي الخاص، ص 76.

(2) ينظر: نسرين شريفي، وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 39.

(3) ينظر: صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية و تنازع القوانين، ص 261.

(4) ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص 50.

(5) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ص 84.

أما إذا كان مركز ثقل العلاقة العنصر الثالث، فستكون العلاقة على أحد الأوصاف، الثلاثة وهي إما أن تكون:

- علاقة عقدية: فإن الضابط سيستمد طبيعته من العقد، حيث أن العقد مبني على تلاقى إرادة طرفين، هنا الضابط يكون إرادي (ضابط الإرادة).

- علاقة غير عقدية: الضابط يأخذ طبيعته، من المكان الذي تركزت فيه العلاقة، كالفعل النافع، و الضار، فيكون الضابط محل حدوث الفعل.

- علاقة يغلب عليها الطابع الشكلي: يستمد الضابط وجوده من مكان نشوء التصرف المرتبط بالشكل، وهنا يتمثل في الغالب بمحل نشوء التصرف<sup>(1)</sup>.

أما القانون المسند له الاختصاص، وهو العنصر الثالث، من عناصر تكوين قاعدة الإسناد، هو القانون الواجب التطبيق في العلاقة، و الذي يعبر عن حاصل جمع فكرة الإسناد مع ضابط الإسناد، ويأخذ القانون طبيعته من الضابط، فإن كان الضابط مستمد وجوده من أطراف العلاقة فالضابط شخصي، ويأخذ القانون نفس الوصف فيكون شخصي مثلاً...<sup>(2)</sup>.

وخلاصة القول، وبذلك تكون وبحسب التقسيم المتقدم، القوانين شخصية وتحكم جميع مسائل الأحوال الشخصية، وإقليمية وتحكم جميع المسائل العينية، وقوانين تقف بين القوانين لاهي شخصية، ولا عينية، ويمثلها قانون الإرادة.

#### **الفرع الرابع: حالات استبعاد القانون الأجنبي**

إن القانون الأجنبي المحدد بقاعدة الإسناد، قد يتضمن أحيانا مسا النصوص القانونية لبلد القاضي، مما يدفع هذا الأخير لرفض تطبيقه لأحد الأسباب الآتية، إما لمخالفته للنظام العام، أو إما أن الوسيلة التي توصل إليها الأفراد لتطبيق هذا القانون تتضمن في طياتها تحايل وغش.

#### **أولاً: الدفع بالنظام العام**

عندما تعين قاعدة الإسناد الوطنية، قانوناً أجنبياً لحكم العلاقة القانونية المطروحة أمام القاضي، فإن هذا التعيين يكون محددًا بشرط هام، وهو عدم التعارض الجوهرى بين مضمون هذا القانون والركائز التي يقوم عليها النظام القانوني في دولة القاضي، وهذا ما يعرف باسم النظام العام<sup>(3)</sup>.

(1) ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص 51، 52.

(2) ينظر: هشام علي صادق و حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص 12.

(3) ينظر: نسرين شريفى، وسعيد بوعلى، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص 104.

غير أن النظام العام في غالبية الدول الإسلامية، يقوم على فكرة عدم مخالفة قواعد الشريعة الإسلامية، في مسائل الأحوال الشخصية، ومن بينها الجزائر، التي يتم العمل فيها بقواعد الشريعة الإسلامية، في إطار قانون الأسرة<sup>(1)</sup>.

وفي قرار صادر عن المحكمة العليا جاء فيه: « من المقرر قضاء في مسألة الحضانة، وفي حالة وجود أحد الأبوين، في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد بها

يكون أحق بهم، ولو كانت الأم غير مسلمة... »<sup>(2)</sup>.

ومن خلال القرار السابق، يتبين لنا أن قضاة المحكمة العليا في الجزائر، لم يأخذوا بهذا الأثر المخفف، فرفضوا التصديق على الحكم القضائي الأجنبي بالصيغة التنفيذية؛ لتعارض مضمونه مع النظام العام في الجزائر، على الرغم من أنه نشأ خارجها.

### ثانياً: التحايل على القانون

إن كل قاعدة إسناد، تعتمد على ضابط معين لتحديد القانون الواجب التطبيق، و كثير من هذه الضوابط يكون للأفراد دخل في تغييرها كالجنسية أو الموطن، أو موقع المنقول أو الديانة أحياناً، و الأصل أن قيام الأفراد بتغيير هذه الضوابط، يترتب عليه كامل آثاره، إلا أنه إذا ثبتت نية الغش، سعياً لتطبيق قانون آخر، يحرم الغاش من الاستفادة من غشه، باستبعاد القانون الأجنبي الذي ثبت له الاختصاص، بواسطة الغش نحو القانون<sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> ينظر: ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص 195.

<sup>(2)</sup> قضية رقم 52207 بين ( ف م ) و ( ص ع )، قرار 1989/01/02م، المجلة القضائية عدد 04 سنة 1990م، ص 74، 75 و 76. «... ومن المقرر قانوناً أن الأحكام والقرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير مبرر يستوجب رفضه، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعنة طالبت إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبيين اللذان أسندا حضانة البنيتين إلى أمهما، فإن قضاة الاستئناف بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي برفض طلب الطاعنة الرامي إلى وضع الصيغة التنفيذية للحكم والقرار الأجنبيين لكون بقاء البنيتين بفرنسا يغير من اعتقادهما ويبيعهما عن دينهما وعادات قومهما، فضلاً عن أن الأب له الحق للرقابة وبعدهما عنه يحرمه من هذا الحق، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن»

<sup>(3)</sup> ينظر: نادية فضيل، الغش نحو القانون، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001م، ص 69.

أما في الجزائر فقد تبني المشرع الجزائري، هذه النظرية بموجب نص المادة (24فقرة1) من القانون المدني: «لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي... أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون».

ولهذا فإن أثر الغش ينصب فقط على استبعاد القانون الأجنبي، الذي ثبت له الاختصاص، وفقا للضابط المفتعل، وإعادة الاختصاص إلى القانون الذي تهرب الشخص من أحكامه، فأثر الغش هو أثر حلولي أو استبدالي، أي إحلال القانون المختص مكان القانون الذي انعقد له الاختصاص، بالتغيير في ضابط الإسناد<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني: مدارك النظر في المآلات

إن دراسة مآلات الأفعال باعتبارها أصلاً مقصدياً، لا يمكن أن تُبحث ضمن تصور فكري، فهذا لا يمكنه أبداً أن يُجَلِّي هذا الأصل حقيقة الجلاء، كما أن دراسته من خلال كتب الفقه المجردة، لا تُسَعِّفُ في معرفة القيمة التشريعية لهذا الأصل، إنما حقيقته وقيمته تظهر من خلال كتب الفتوى والنوازل، التي تمثل الجانب التطبيقي للفقه؛ لأنها تجمع بين أمور ثلاثة وهي مدارك<sup>(2)</sup> النظر في مآلات الأحكام<sup>(3)</sup>.

### الفرع الأول: مرحلة التصور

يقصد بتصوير المسألة، إيضاح المقصود بها، وذلك يتم بتحليل مفرداتها أو عناصرها، والانتباه للقيود الواردة فيها، ومن ثم الربط بين هذه المفردات أو العناصر، بحيث تُعطي تصوراً أولياً واضحاً، عن الحقل الذي سيجري فيه البحث<sup>(4)</sup>.

(1) ينظر: نسرين شريف، وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ص104.

(2) المدارك جمع مدرك من أدرك الشيء بالشيء، واستدركه حاول إدراكه به وأدرك الشيء أحاط به وبلغ وقته وانتهى إلى العلم به، والإحاطة بحكمه، وإدراك المعاني فهمها، وبلوغ أقصى العلم فيها. ينظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج2 ص269. مادة (د ر ك).

وفي الاصطلاح: «مدارك الشرع مواضع طلب الأحكام، وهي حيث يستدل بالنصوص والاجتهاد من مدارك الشرع» ينظر: الفيومي، المصباح المنير، ص192. والمدرك سواء كان بمعنى الدليل، أم بمعنى مناط الحكم، أو علمته، فهو ذو صلة بالمعنى اللغوي، وربما كانت هذه الصلة سند الفقهاء في إطلاق المدرك على مناط الحكم ودليله؛ لأنه هو الموصل للحكم الشرعي. ينظر: يعقوب بن عبد الوهاب الباسين، القواعد الفقهية، ص69.

(3) ينظر: محمد الجيزاني، فقه النوازل، دراسة تأصيلية تطبيقية، دار ابن الجوزي، ط2، 1426هـ - 2006م، ج1 ص48.

(4) ينظر: ماهر ذيب ابو شاويش، ضوابط النظر في النوازل ومدارك الحكم عليها، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السابعة والعشرون، العدد الخامس والخمسون - رمضان 1434 هـ يوليو 2013 م. ص 229.

## أولاً: معنى التصوير

### 1- التصوير لغة

التصوير مصدر صَوَّرَ يَصَوِّرُ، والاسم منه: صورة، وأصله ثلاثة أحرف: الصاد والواو والراء<sup>(1)</sup>، لكن هذه الأحرف الثلاثة لا تعود إلى أصل واحد يقاس عليه ويشق منه، بل معانيها كثيرة متباينة الأصول<sup>(2)</sup>.

من معاني الصورة: الهيئة المفردة للشيء التي بها يتميز عن غيره<sup>(3)</sup>، قال تعالى: ﴿وَجِئَ أَيْيَّ

صُورَةٍ مَّا شَاءَ رَكَّبَكَ﴾<sup>(4)</sup>، وقال تعالى: ﴿أَلَدِئْ يَصَوِّرُكُمْ فِي الْأَرْحَامِ

كَيْفَ يَشَاءُ﴾<sup>(5)</sup>؛ والمصوّر من أسماء الله؛ لتصويره صور الخلق، حيث أعطى كل شيء منها

صورة خاصة، وهيئة مفردة يتميز بها، على اختلافها وكثرتها<sup>(6)</sup>. وهذه الصورة على نوعين:

النوع الأول: صورة محسوسة، وهي الأشكال والهيئات للإنسان والحيوان وغيرهما، والتي تدرك بالمعينة والبصر.

النوع الثاني: صورة معنوية، تدرك بالبصيرة والتفكير<sup>(7)</sup>، ومن هذه الصور المعنوية: النوع والصفة، يقال: صورة الأمر كذا وكذا، أي صفته<sup>(8)</sup>.

وحقيقة الأمر وهيئته، يقال: تصورت الأمر، أو الفعل، إذا علمت حقيقته وهيئته<sup>(9)</sup>.

(1) ذكرها في هذه المادة ابن فارس، مقاييس اللغة، ج3ص319، وابن منظور، لسان العرب، ج4ص473، والفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص427.

(2) ينظر: ابن فارس، مقاييس اللغة، ج3ص319.

(3) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج4ص473، وعبر عن هذا المعنى الأصفهاني في المفردات، ص497 بقوله: «الصورة: ما ينتقش به الأعيان، ويتميز بها عن غيرها»، وعبر عنها الفيروز آبادي في القاموس المحيط، ص427، بقوله: «الشكل».

(4) الآية 8 من سورة الانفطار.

(5) الآية 6، من سورة آل عمران.

(6) ينظر: أبو منصور محمد بن أحمد الأزهرى، تهذيب اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، وآخرون، الدار المصرية للتأليف والترجمة، 1334هـ-1964م، ج2ص1960.

(7) ينظر: الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، ص497.

(8) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج4ص473، والفيومي، المصباح المنير، ص288.

(9) ينظر: أبو موسى المدني، المجموع المغيث في غريب القرآن والحديث، تحقيق: عبد الكريم العزباوي، جامعة أم القرى، ط1، 1408هـ - 1988م، ج2ص300.

## 2- معنى التصوير اصطلاحاً

ترد كلمة الصورة في كتب الفقهاء والأصوليين كثيراً، مقرونة بكلمة المسألة، فيقولون: صورة المسألة كذا، أو تصويرها.

ومن خلال النظر في السياق الذي ترد فيه، يتبين جلياً أنها لا تختلف عن المعنى اللغوي الذي سبق ذكره في النوع الثاني، إذ إنهم يقصدون بها بيان حقيقة المسألة وأنواعها، لتتضح في ذهن الفقيه، فميزها عن غيرها، ويلحقها بما تكون شبيهة به<sup>(1)</sup>.

وقد عبر عن هذا المعنى في الكليات فقال: «تطلق [الصورة] على تركيب المعاني التي ليست محسوسة؛ فإن للمعاني ترتيباً وتركيباً وتناسباً، ويسمى ذلك صورة، فيقال: صورة المسألة، وصورة الواقعة، وصورة العلوم الحسائية والعقلية كذا وكذا»<sup>(2)</sup>.

وأما التصور - وهو المصدر من تصور يتصور - فإنه يراد به: حصول صورة الشيء في العقل نظرياً.

أو: إدراك الماهية، من غير أن يُحكم عليها بنفي أو إثبات<sup>(3)</sup>.

ومما سبق فإنه يمكن أن يقال في بيان معنى التصوير: «ذكر صفة المسألة الذي تتميز به وتتضح في الذهن عن غيرها»<sup>(4)</sup>.

وهذا المعنى عام، في كل مسألة يراد تصويرها، فإذا أضيف التصوير إلى النازلة تقيّد بيان صفة هذه النازلة، وتفصيل حقيقة وقوعها، وما يقارنها من أمارات وعلامات تؤثر في معرفة حكمها. وقد اجتهد بعض المعاصرين في وضع مصطلح للتصور، فقال في تعريفه: «التصور الفقهي هو: الإدراك التام للنازلة، وإلحاقها بأصلها المعتبر»<sup>(5)</sup>.

ثم ذكر أن هذا التصور يتضمن مرحلتين:

المرحلة الأولى: الفهم الكامل، والإحاطة التامة بالحادثة، من جميع جهاتها.

(1) ينظر: ماهر ذيب أبو شاويش، ضوابط النظر في النوازل ومدارك الحكم عليها، ص 229.

(2) ينظر: محمد علي التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، تحقيق: رفيق العجم، علي دحروج، مكتبة لبنان، بيروت، ط 1، 1996م، ج 1 ص 455.

(3) ينظر: الجرجاني، التعريفات، ص 52، الكفوي، الكليات، ص 290، 291.

(4) ينظر: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الكويتية، ج 12 ص 92.

(5) ينظر: مسفر بن علي القحطاني، المنهج في استنباط أحكام النوازل، دار ابن حزم، 2003م، ص 268.



المرحلة الثانية: إدراجها تحت أصلها الشرعي، الذي تنتمي إليه<sup>(1)</sup>.

إن هذا تعريف خاص بالتكييف، والتكييف بالمصطلح القانوني، وصف قانوني للواقعة، وهذا يختلف عن التصور، على ما سيأتي بيانه.

### ثانياً: الألفاظ والمصطلحات ذات الصلة بالتصوير

هناك بعض المصطلحات تتداخل بعضها البعض، مما يعطي تصوراً أنها تتشابه إلى حد التطابق، لذا يجب توضيحها، وتبيين الاختلافات فيما بينها.

#### 1- التوصيف وعلاقته بالتصوير

الصفة في كلام العرب: الأمانة اللازمة للشيء، والحالة التي يكون عليها الشيء من حليته؛ كالعلم، والسواد، ونحو ذلك<sup>(2)</sup>.

وهذا المعنى اللغوي، هو المستعمل في كتب الفقهاء، لكن جرى استعمال بعض المعاصرين له بالمعنى الاصطلاحي.

1- فمن ذلك من قال، معرفاً توصيف الأفضية الموضوعي: « تنزيل الحكم الكلي على الواقعة القضائية لمطابقتها له.

أو هو: تطبيق الحكم الكلي على الواقعة القضائية بعد اكتمال المرافعة.

ويمكننا صياغة ذلك بصيغة ثالثة، فنقول: إن توصيف الأفضية هو: تحلية الواقعة القضائية الثابتة، بالأوصاف الشرعية المقررة في معرفات الحكم الكلي بعد اكتمال المرافعة<sup>(3)</sup>.

والتوصيف بهذا الاصطلاح، لا يكون بمعنى التصوير، بل هو مرحلة أخرى بعد تصور الواقعة، ومعرفة جميع ملاساتها.

2- ومنه قول: « يراد بالتوصيف الفقهي لعقد التصريف: بيان موقعه من العقود، وهل هو عقد جديد من العقود غير المسماة؟ أم هو داخل ضمن العقود المسماة التي ذكرها الفقهاء المتقدمون رحمهم الله<sup>(4)</sup>».

(1) ينظر: القحطاني، المنهج في استنباط أحكام النوازل، ص268.

(2) ينظر: ابن فارس، مقاييس اللغة، ج6ص115، ومجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ج2ص1037.

(3) ينظر: عبد الله الخنين، توصيف الأفضية في الشريعة الإسلامية، نشر مكتبة العبيكان، 1429هـ، ج1ص43.

(4) ينظر: عبد الله بن ناصر السلمي، عقد التصريف: توصيفه وحكمه، مجلة العدل، السعودية، العدد38، ربيع

الآخر1429هـ، ص50. الموقع الإلكتروني adlm.moj.gov.sa، تاريخ زيارة الموقع (2014/03/12م).

حينما تحدث عن توصيف هذا العقد، إذا هو يصف صُورَه ويبين حقيقته، ثم لما انتهى من هذا التوصيف شرع في ذكر حكمه، بحسب الصور التي قسمها له.  
وبناء على هذا: فإن التوصيف هنا يكون بمعنى التصوير، لكنه تصوير مقرون بما يشبه النازلة، من عقود وشروط أو غيرهما في كتب الفقهاء.  
وهذا المعنى للتوصيف، جرى استعمال بعض الفقهاء المعاصرين له، بديلا عن التكييف، أو مرادفًا له<sup>(1)</sup>.

## 2- التكييف وعلاقته بالتصوير

وقد استعمل فقهاء المذهب الإباضي<sup>(2)</sup>، التكييف بمعنى تصور الشيء في الذهن، وتخيله فيه، مع عدم فعل شيء من الأفعال، على خلافٍ بينهم في القراءة، هل التكييف فيها بتحريك اللسان  
مع عدم استماع الأذن، أو بدون تحريكه<sup>(3)</sup>.

وهذا الاستعمال لكلمة التكييف، لا يخرج عن المعنى اللغوي؛ لأن المقصود بالتكييف، هو تصور الفعل في الذهن وتخيله، والتكييف كذلك بيانٌ لحالة الشيء وماهيته وصفته.

## 3- فقه الواقع وعلاقته بالتصوير

هذا المصطلح شاع في زماننا هذا بكثرة<sup>(4)</sup>، تبعًا لضرورة أن تكون الفتوى المعاصرة، منطلقة من فهم صحيح للواقع الذي يقصد الحكم عليه، بسبب ما حصل لهذا الواقع، من تطور مذهل متسارع، وتغير كبير، ولما يكتنف إدراك حقيقته، من غموض يحتاج إلى معرفة علوم متنوعة، واستشارات مختلفة، وقد ذكر ابن القيم، أهمية فقه الواقع بالنسبة للمفتي والحاكم،<sup>(5)</sup>.

<sup>(1)</sup> ينظر: أبحاث هيئة كبار العلماء، والبحث منشور في، مجلة البحوث الإسلامية، الرياض، العدد 40، الإصدار: من رجب إلى شوال لسنة 1414هـ، موضوع العدد التحويلات المصرفية، عمليات الخصم، ج40 ص79.

<sup>(2)</sup> الإباضية، تنسب إلى مؤسسها عبد الله بن إباح التميمي، ينظر: عبد القادر شيبه الحمد، الأديان والفرق والمذاهب المعاصرة، مطبوعات الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، ص138، وعبد القاهر البغدادي، الفرق بين الفرق، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط2، 1977م، ص103.

<sup>(3)</sup> يقول محمد أطفيش، شرح النيل، مكتبة الإرشاد، جده، ودار الفتح، بيروت، ط2، 1973م، ج3 ص402: «وإن نظرت امرأة أو كفت فأتاها بلبل فلا يضرها».

<sup>(4)</sup> قد ظهرت رسائل وأبحاث مستقلة في ذلك، منها: فقه الواقع دراسة أصولية فقهية، لحسين الترتوري.

<sup>(5)</sup> ينظر: ابن تيمية، قاعدة في المحبة، جامع الرسائل، تحقيق: محمد رشاد سالم، دار المدني، جدة، ج2 ص305، وابن تيمية، قاعدة في الأموال السلطانية، تحقيق: عبد الرحمن بن عبد الله بن إبراهيم الأمير، مكتبة أضواء السلف، الرياض، ط1، 2002م، ص19، 20.

وكلامه هنا ظاهر، في أن المقصود من فقه الواقع معرفة حال الواقعة، وإدراك جميع ملبساتها، وما له أثر في معرفة حكمها الصحيح.

وهو بهذا المعنى يشبه مصطلح التصوير؛ لأن التصوير التام لا يكون إلا بفهم الواقع، وإدراك حقيقته، فهماً يستطيع به أن ينزل عليه الحكم الشرعي الصحيح المناسب له<sup>(1)</sup>.

لكن من المعاصرين، من عرف فقه الواقع، بأنه: «الاجتهاد في تحقق المناط، سواء أكان تحقيق المناط العام، أو تحقيق المناط الخاص»<sup>(2)</sup>.

وهذا التعريف لفقه الواقع، يتعد به عن التصوير؛ لأن التحقيق هو آخر عمل يقوم به المجتهد، بعد أن يعرف صورة الواقعة، والحكم الشرعي<sup>(3)</sup>.

### ثالثاً: أدلة اعتبار تصوير المسألة

إن الحكم على الشيء لا يستقيم قبل تصوره، وهذا شيء جبلت النفوس عليه، وأدلة اعتبار تصوير المسألة لصحة الحكم ما يلي:

أولاً: الأدلة الشرعية الدالة على عدم القول على الله بغير علم، كقوله تعالى في سياق تعداد المحرمات: ﴿وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾<sup>(4)</sup>، وقوله تعالى محذراً مما يترتب

على طاعة الشيطان: ﴿يَأْمُرُكُمْ بِالسُّوءِ وَالْفَحْشَاءِ وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا

لَا تَعْلَمُونَ﴾<sup>(5)</sup>، وإذا ثبت أن تصور المسألة أو النازلة من العلم، وأن الحكم الشرعي لا يمكن

(1) ينظر: أحمد الضويحي، ضوابط الاجتهاد في المعاملات المالية المعاصرة، المؤتمر العلمي السنوي الرابع عشر، كلية الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، ربيع الآخر 1426هـ - مايو 2005م، مطبوع ضمن بحوث المؤسسات المالية الإسلامية معالم الواقع وآفاق المستقبل، ج1 ص53.

(2) ينظر: حسين مطاوع الترتوري، فقه الواقع دراسة أصولية فقهية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، عدد 34، ص 71. الموقع الإلكتروني: [www.tawasul.sa.com](http://www.tawasul.sa.com)، تاريخ الزيارة (2014/7/12م).

(3) ينظر: ابن عقيل بن محمد ابن عقيل، الواضح في أصول الفقه، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، 1420هـ - 1999م، ج5 ص461-463، قطب مصطفى سانو، أدوات النظر الاجتهادي المنشود، دار الفكر المعاصر، 2000م، ص130، وسوسوه، عبد المجيد محمد، دراسات في الاجتهاد وفهم النص، دار البشائر الإسلامية، ص34.

(4) الآية 31، من سورة الأعراف.

(5) الآية 169، من سورة البقرة.

تنزيله على الواقعة قبل تصورها، تبين أن الحكم على النازلة، أو المسألة قبل معرفة صورتها هو من القول على الله بغير علم.

يقول ابن القيم عن المفتي: « ينبغي له أن يكون فقيهاً في معرفة مكر الناس وخداعهم، واحتياهم وعوائدهم وعرفياتهم، فإن الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان، والعوائد والأحوال، وذلك كله من دين الله»<sup>(1)</sup>.

فجعل معرفة الواقع لتنزيل الحكم الشرعي المناسب عليه من دين الله تبارك وتعالى.

ثانياً: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَفُفْ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾<sup>(2)</sup>، هذه الآية صريحة في النهي عن التكلم بغير علم، وتصور النازلة من العلم، فالكلام عليها قبل معرفة حقيقتها هو من التكلم بغير علم، وهو منهي عنه.

ثالثاً: استفصال النبي ﷺ في وقائع كثيرة عن حال السائل، ومعرفة ما وقع منه بالتفصيل، ثم بناء الحكم على ذلك، وهذا في وقائع كثيرة منها:

أ - عن النعمان بن بشير رضي الله عنه أنه قال: «إن أباه أتى به رسول الله ﷺ فقال: إني نحلته ابني هذا غلاماً كان لي، فقال رسول الله ﷺ: أكل ولدك نحلته مثل هذا؟ فقال: لا، فقال ﷺ: فأرجعه»<sup>(3)</sup>.

ب - عن أبي هريرة قال: «أتى النبي ﷺ رجل أعمى، فقال: يا رسول الله! إنه ليس لي قائد يقودني إلى المسجد، فسأل رسول الله ﷺ أن يرخص له فيصلي في بيته، فرخص له، فلما ولى دعاه فقال: هل تسمع النداء بالصلاة؟ فقال: نعم، قال: فأجب»<sup>(4)</sup>.

ج - عن أبي قتادة: «أنه صاد حماراً وحشياً وهو حلال، وأصحابه محرمون، فسألوا النبي ﷺ، فقال: هل منكم أحد أمره أو أشار إليه بشيء، قالوا: لا، قال: فكلوا ما بقي من لحمها»<sup>(5)</sup>.

رابعاً: جواب النبي ﷺ بذكر تفاصيل المسألة المسؤولة عنها؛ لكي يوقع السائل على نفسه الحكم الذي يناسب حاله، ومن ذلك:

<sup>(1)</sup> ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، ج4 ص152.

<sup>(2)</sup> الآية، 36، من سورة الإسراء.

<sup>(3)</sup> رواه البخاري، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب الهبة للولد، ج3 ص157، رقم الحديث (2586)، ومسلم، كتاب الهبات، باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة، رقم الحديث (1623).

<sup>(4)</sup> رواه مسلم، كتاب المساجد، باب يجب إتيان المسجد على من سمع النداء، رقم الحديث (653).

<sup>(5)</sup> رواه البخاري، كتاب جزاء الصيد، باب لا يشير المحرم إلى الصيد لكي يصاده الحلال، رقم الحديث (1728).

ومسلم، كتاب الحج، باب تحريم الصيد للمحرم، رقم الحديث (1196).

أ - عن أم سلمة رضي الله عنها أنها قالت: «جاءت أم سليم - امرأة أبي طلحة - إلى رسول الله ﷺ، فقالت: يا رسول الله! إن الله لا يستحيي من الحق، هل على المرأة من غسل إذا هي احتلمت؟، فقال رسول الله ﷺ: نعم إذا رأت الماء»<sup>(1)</sup>.

ب - عن سلمة بن المحبب: «أن رسول الله ﷺ قضى في رجل وقع على جارية امرأته: إن كان استكرهها فهي حرة، وعليه لسيدتها مثلها، وإن كانت طاوعته فهي له، وعليه لسيدتها مثلها»<sup>(2)</sup>.  
خامساً: يتفق العقلاء على أن الحكم على الشيء فرع عن تصوره، ولهذا قدم أهل المنطق الكلام في التصورات على الكلام في التصديقات؛ لأن التصديق مسبق ضرورة بالتصوير<sup>(3)</sup>.  
**رابعاً: أهمية تصوير النازلة**

إن بيان أهمية التصوير وعلاقته بالعلم، هو أن التصوير يطلق بالاشتراك على العلم، بمعنى الإدراك<sup>(4)</sup>، فيقال في تعريف العلم: «حصول صورة الشيء في العقل، أو: إدراك الشيء على ما هو به»<sup>(5)</sup>.

كما يعتبر التصور أحد موضوعي علم المنطق، حيث إن علم المنطق موضوعه المعلومات التصورية و التصديقية<sup>(6)</sup>.

وقد يطلق بعض العلماء على التصور معرفة، وعلى التصديق علماً<sup>(7)</sup>، فيكون التصور مشاركاً للعلم بهذا الاصطلاح.

(1) رواه البخاري، كتاب الغسل، باب إذا احتلمت المرأة، رقم الحديث (282)، ومسلم، كتاب الطهارة، باب وجوب الغسل على المرأة بخروج المنى منها، رقم الحديث (313).

(2) رواه أبو داود، كتاب الحدود، باب في الرجل يزني بجارية امرأته، رقم الحديث (4460) و(4461)، وابن ماجه، كتاب الحدود، باب من وقع على جارية امرأته، رقم الحديث (2552)، وقد ضعفه النسائي وابن المنذر والخطابي، وغيرهم.

(3) ينظر: القحطاني، منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة، ص361.

(4) ينظر: التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون، ج1 ص129.

(5) ينظر: الجرجاني، التعريفات، ص135.

(6) ينظر: زكريا الأنصاري، المطلع على إيساغوجي، مصطفى الباي الحلبي، ط1، 1998م، ص17، والجرجاني، التعريفات، ص135، 136، «والتصور في اصطلاحهم معناه: إدراك الدوات المفردة. والتصديق معناه: إدراك النسبة بين هذه المفردات نفيًا أو إثباتًا»، ينظر: الغزالي، المستصفى، ج1 ص46.

(7) ينظر: الغزالي، المستصفى، ج1 ص46.

ولأجل ذلك عرّف بعض العلماء التصور بأنه: «إدراك الحقائق مجردة عن الأحكام، أو حصول صورة الشيء في العقل»<sup>(1)</sup>.

كما أن التصور قد يكون فيه نسبة، لكنها نسبة غير تامة، كما في المركبات التقييدية<sup>(2)</sup>.

ومما يدل على أهمية التصور في العلم ما يلي:

أولاً: أنه شرط للتصديق، فكل تصديق لا بد فيه من تصور، ولهذا لا بد من تقدمه على التصديق<sup>(3)</sup>.

ومن هنا قيل: «الحكم على الشيء فرع عن تصوره»<sup>(4)</sup>.

ثانياً: حرص العلماء على تقديمه بين يدي المسألة، ففي البرهان يقول في مسألة الترجيح بين العلة القاصرة والمتعدية: « وأول ما يجب به الافتتاح تصوير المسألة»<sup>(5)</sup>، وحين ذكرت مسألة تعارض نصين كل واحد منهما بالنسبة للآخر عام من وجه، خاص من وجه، قال: « وتحقق ذلك أولاً يتوقف على تصوير المسألة»<sup>(6)</sup>.

وترى كثيراً من المصنفين يقدم المصطلحات والحدود، بين يدي العلم؛ لتكون الصورة المجملة ظاهرة في ذهن القارئ، وليكون إقدامه على معرفة التفاصيل التصديقية مسبوقة، بصورة مجملة تدله على مقصود هذا العلم وحقيقته<sup>(7)</sup>.

بل إن التصوير الصحيح للمسألة، لا يحسنه إلا فقيه النفس، كما قال ابن الصلاح: « تصوير المسائل على وجهها، ثم نقل أحكامها بعد استتمام تصويرها، جلياتها وخفياتها، لا يقوم به إلا فقيه النفس، ذو حظ من الفقه»<sup>(8)</sup>.

(1) ينظر: الطوفي، شرح مختصر الروضة، ج1ص171.

(2) ينظر: الكفوي، الكليات، ص290، معنى المركبات التقييدية: «فإنّها تُشير إلى نسبة خبرية والإنشائية تستلزم نسبة خبرية فهما بذلك الإعتبار يحتملان الصدق والكذب». ينظر: التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون، ج2ص1513.

(3) ينظر: الكفوي، الكليات، ص291.

(4) ينظر: ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ج2ص82.

(5) ينظر: الزركشي، البرهان، ج2ص822.

(6) ينظر: ابن دقيق العيد، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، تحقيق: محمد حامد الفقي، أحمد محمد شاكر، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، 1372هـ-1953م، ج1ص269.

(7) ينظر: عبد السلام بن إبراهيم بن محمد الحصين، تصوير النازلة وأثره في بيان حكمها، مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، جامعة الملك محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ-2010م، ص916.

(8) ينظر: ابن الصلاح، أدب الفتوى، ص48.

### خامساً: تصوير المسألة شرط للاجتهاد بتحقيق المناط

الاجتهاد بتحقيق المناط هو: « بذل الوسع بتعيين محل الحكم في الواقع»<sup>(1)</sup>، وإذا كان معرفة حكم الواقعة لا بد له من ثلاثة أمور:

الأول: معرفة حكم الله تعالى.

الثاني: معرفة صورة هذه الواقعة.

الثالث: اندراج الواقعة تحت الحكم الشرعي.

فإن الأمر الثالث لا يتحقق إلا بتصور الأمر الثاني تصوراً صحيحاً<sup>(2)</sup>.

من أجل ذلك، نجد كلام أهل العلم، عن معرفة الواقع وأثره، إنما يكون عند كلامهم على الفتوى والقضاء؛ لأنهما هما اللذان يتعلق بهما تنزيل الأحكام على واقع المستفتي والخصمين<sup>(3)</sup>.

وقد نص أهل العلم، على عدم جواز تساهل المفتي بعدم تصور المسألة، والتسرع في الفتوى قبل استيفاء النظر والفكر في المسئول عنه، ووجه اندراجه تحت الحكم الشرعي، الذي يريد تطبيقه عليه<sup>(4)</sup>.

وإذا كان هذا بهذه الأهمية في هذه الأسئلة، التي ليس فيها من التعقيد والغموض ما في نوازل زماننا هذا، فلا شك أن اشتراط التصور للاجتهاد بتحقيق المناط، يزداد أهمية في هذه النوازل<sup>(5)</sup>.

### سادساً: علاقة التصوير بقاعدة اعتبار المآلات

إن اعتبار مآلات الأفعال: «هو النظر في ما يتوقع حدوثه من أفعال المكلف، نتيجة تطبيق حكم شرعي مناسب لحاله في الظاهر، وبناء حكم آخر على ذلك التوقع»<sup>(6)</sup>.

ومن هذا المعنى لهذه القاعدة، يظهر أثر تصوير النازلة على اعتبار مآلات الفعل، فكلما كان التصوير لها أظهر وأبين، مستوفياً جميع العناصر الضرورية في الحكم، كانت معرفة مآل أفعال

(1) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج5 ص12.

(2) ينظر: أحمد الريسوني، الاجتهاد، النص، الواقع، المصلحة، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، ط1، 2012م، ص66.

(3) ينظر: عبد السلام بن إبراهيم بن محمد الحصين، تصوير النازلة وأثره في بيان حكمها، ص917.

(4) ينظر: ابن الصلاح، أدب الفتوى، ص65.

(5) ينظر: عباس الباز، ضوابط الاجتهاد في فقه المعاملات المالية المعاصرة، مطبوع ضمن بحوث المؤسسات المالية الإسلامية معالم الواقع وآفاق المستقبل، ج1 ص164.

(6) ينظر: الريسوني، الاجتهاد بين النص، والمصلحة، والواقع، ص67، والسنوسي، اعتبار المآلات، ص19، وابن

الحسين، اعتبار مآلات الأفعال، ج1 ص34-37.

أصحابها ومقاصدهم فيها بينة ظاهرة، وبناء على ذلك، يكون الحكم الشرعي المناسب لهذه الواقعة صحيحًا، أو أقرب للصحة<sup>(1)</sup>.

يقول القرافي: «ينبغي للمفتي أن لا يأخذ بظاهر لفظ المستفتي العامي حتى يتبين مقصوده، فإن العامة ربما عبروا بالألفاظ الصريحة من غير مدلول ذلك اللفظ.. وكذلك إذا كان اللفظ ما مثله يسأل عنه، ينبغي أن يستكشف، ولا يفتي بناء على ذلك اللفظ، فإن وراءه في الغالب مرمى هو المقصود، ولو صرح به امتنعت الفتيا»<sup>(2)</sup>.

ومن هنا يظهر أهمية تصوير النازلة، وأثره في معرفة الحكم الصحيح، وأن معرفة مآل الفعل تتوقف على هذا التصوير.

### سابعا: مدارك تصور النازلة

تعدد مدارك تصور النازلة باختلاف كل نازلة، وبحسب الواقع الذي وجدت فيه، وما يحيط به من قرائن وأحوال يكون لها أثر على التصور الصحيح للنازلة.

### 1- مراجعة المختصين في معرفة حقيقة النازلة

إن كل فن أو علم أو اختصاص، له أهله الخبيرون به، العارفون بدقائقه وخباياه، وتحقيق مناط الحكم الشرعي فيها، ببيان صورتها على الحقيقة والتفصيل.

فإن كانت النازلة في مسألة طبية سأل أهل الطب، بل إنه يسأل المتخصص في موضوع النازلة نفسها، فلو كانت من مسائل الإنجاب مثلا، سأل المتخصص في العقم؛ لأنه يكون عنده من العلم بتفاصيل المسألة، والقدرة على بيان متعلقاتها أكثر من غيره، ممن لم يتخصص في نفس المجال، وهكذا<sup>(3)</sup>.

### 2- معرفة المصطلحات الواردة في النازلة، وفهمها على مراد أصحابها

وإذا كان معرفة مصطلح السائل ضروريًا؛ لفهم صورة مراده في مثل هذه المسائل، التي تتعلق باختلاف الأعراف في اللغة الواحدة، فلا شك أنه ضروري لفهم صورة النازلة المتعلقة بمصطلحات علمية، أو مصطلحات من لغة أخرى<sup>(4)</sup>.

(1) ينظر: عبد السلام بن إبراهيم بن محمد الحصين، تصوير النازلة وأثره في بيان حكمها، ص 919.

(2) ينظر: القرافي، لإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام و تصرفات القاضي و الإمام، ص 236، 237.

(3) ينظر: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، مقدمة الموسوعة الفقهية، ج 1 ص 61، 62، و وائل بن عبد الله الهويريني، المنهج في استنباط أحكام النوازل، مكتبة الرشد، الرياض، 1433هـ، ص 282.

(4) ينظر: رفيق يونس، المجموع في الاقتصاد الإسلامي، دار المكتبي، سوريا، 2006م، ص 361.



### 3- سؤال المستفتي عن مراده فيما يشكل معرفة معناه

إن السائل أدري بمسألته من غيره، ويعرف من تفاصيلها ودقيق متعلقاتها ما لا يعرفه غيره، ولهذا يتعين على المفتي - حين تخفى عليه بعض الأمور في سؤال المستفتي - أن يسأله عما جهل من أمره، ويستفصله عما أشكل من مسألته<sup>(1)</sup>.

إلا أنه لا بد أن يتفطن الفقيه إلى مقاصد السائل، حتى لا ينصرف بتصوير السؤال، إلى مقصود يريد من المفتي أن يحققه له وهو لا يشعر<sup>(2)</sup>.

ويتبين هذا بالمدرک التالي:

### 4- معرفة ما يحيط بالنازلة من قرائن وملابسات

كلما كان الفقيه قادرًا على معرفة هذه القرائن، والملابسات، كان تصوره للواقعة أكمل، وتحقيقه لمآل الحكم الشرعي فيها أصح.

وعلى المفتي أن يتصور حال السائل بالقرائن، والملابسات المصاحبة له، فكان نتيجة هذا التصور أن يفتيه بخلاف ما كان يقوله لأصحابه قبل ذلك<sup>(3)</sup>.

وكثيرًا ما تكون طبيعة المحل، أو الشيء الذي هو محور التصرف دالة على صورة المسألة، وكذا الخصائص الذاتية، والأعراض الملازمة للفعل أو الشيء<sup>(4)</sup>.

### 5- معرفة خصائص النازلة من حيث الطبيعة والنشأة والتطور

إن كثيرًا من النوازل في عصرنا هذا، نشأت في بيئات غير إسلامية، وهذه البيئات لا تحتكم إلى الأحكام الشرعية، ولا تراعي معاني الإخلاص، والتقوى والاحتساب، والأخلاق الحسنة، ويغلب عليها الشح والطمع، والأنانية والتغالب.

ولهذا كان لا بد للفقيه، حين يدرس النازلة أن يتأمل عناصرها، ويتعرف على خصائصها، ويُقدّر مدى تأثيرها بالبيئة التي نشأت فيها، وأثر ذلك على الحكم الشرعي<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: عبد السلام بن إبراهيم بن محمد الحصين، تصوير النازلة وأثره في بيان حكمها، ص 927.

(2) ينظر: رفيق يونس، المجموع في الاقتصاد الإسلامي، ص 442.

(3) ينظر: السنوسي، اعتبار مآلات الأفعال، ص 386، 387.

(4) ينظر: السنوسي، اعتبار مآلات الأفعال، ص 387.

(5) ينظر: صالح بن عبد الرحمن الحصين، هل للتأليف الشرعي حق مالي، مجلة وزارة العدل، السعودية، العدد الخامس

عشر، رجب 1423هـ، ص 2.

## الفرع الثاني: مرحلة التكيف

بعد ما يصور الفقيه النازلة تصور كافيا من جميع النواحي، ويستقصي عناصرها، ويعرف حقيقتها، ينتقل إلى التكيف، حتى يتمكن من إعطائها الحكم المناسب لها، وهو ما سألته في هذا الفرع.

### أولاً: معنى التكيف

للتكيف في اللغة معاني متعددة، أما في الاصطلاح نجد معنى التكيف عند الفقهاء القدامى قليل في كلامهم، بل يكاد ينعدم، واستعمله المعاصرون بالمعنى الذي ورد به في القانون وهو التوصيف، وبيان هذا في ما يلي.

### 1- المعنى اللغوي للتكيف

التكيف مصدر كَيْفٌ يُكَيِّفُ. وأصلها في اللغة ثلاثة أحرف: الكاف، والياء، والفاء. وهي تدل على معاني مختلفة<sup>(1)</sup>، منها:

الاستفهام عن حال الشيء وصفته<sup>(2)</sup>، وكيفية الشيء: حاله وصفته<sup>(3)</sup>.

والتكيف مصدر كَيْفَهُ، إذا ذكر أو أدرك كَيْفِيَتَهُ أي صفته<sup>(4)</sup>، وإنما نفوا عن صفات الله الكيف؛ لأنه لا يُكَيِّفُ إلا ما يُرى<sup>(5)</sup>، وصفاته تبارك وتعالى لم يرها أحد من البشر، حتى يدرك كَيْفِيَتَهَا سبحانه وتعالى<sup>(6)</sup>.

(1) ينظر: الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ص852.

(2) ينظر: ابن فارس، مقاييس اللغة، ج5 ص150.

(3) ينظر: الفيومي، المصباح المنير، ص445.

(4) ينظر: علي بن خلف، كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، تحقيق: أحمد حمدي إمام، مطبعة المدني، ط1، 1409هـ-1989م، ج1 ص64.

(5) ينظر: أبو عمر يوسف بن عبد البر، الاستذكار، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، دار قتيبة، دار الوعي، 1414هـ-1993م، ج1 ص362.

(6) ينظر: مسفر بن علي بن محمد القحطاني، التكيف الفقهي للأعمال المصرفية، مفهومه، وأهميته، وضوابطه، بحثٌ مقدّمٌ إلى « مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول » دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي، 31 مايو - 3 يونيو 2009م، ص11. الملتقى الفقهي، <http://www.feqhweb.com>، تاريخ الزيارة، 2013/6/15م.

## 2- المعنى الاصطلاحي للتكييف

ورد في كلام بعضهم مستعملا هذه الكلمة بهذا المعنى، أعني حالة الشيء وصفته، أو بيان حقيقة الشيء<sup>(1)</sup>: «...» وفوض تكييف الواقع إلى مشيئتها؛ لأن الكيفية للموجود لا للمعدوم؛ إذ المعدوم لا يحتمل الكيفية، فلا بد من وجود أصل الطلاق لتخير هي في الكيفية، ولهذا قال بعض المحققين في تعليل المسألة لأبي حنيفة: إن الزوج كيف المعدوم، والمعدوم لا يكيف، فلا بد من الوجود، ومن ضرورة الوجود الوقوع<sup>(2)</sup>. وهذا في التخيير الزوج زوجته في كيفية الطلاق.

وفي شرح حديث المحافظة على صلاة العصر، وأن من فاتته صلاة العصر، فقد وتر أهله

وماله: «وليس في الإسلام حديث يقوم مقام هذا الحديث؛ لأن الله تعالى قال: ﴿حَلِظُوا

عَلَى الصَّلَاةِ وَالصَّلَاةِ الْوَسْطَى﴾<sup>(3)</sup>، ولا يوجد حديث فيه تكييف المحافظة غيره<sup>(4)</sup>.

لكن جرى للمعاصرين، الإكثار من استعمال كلمة التكييف الفقهي في اصطلاح، يكاد يبتعد عن المعنى اللغوي، متأثرين في ذلك باستعمال أهل القانون لها<sup>(5)</sup>. وسأذكر تعريف القانونيين للتكييف، ثم أذكر ما وقفت عليه من تعريف له عند الفقهاء المعاصرين.

جاء في معجم القانون، تعريف التكييف القانوني للعقد في القانون المدني بأنه: «إعطاء

العقد وصفه القانوني، بالنظر إلى الآثار التي يقصد أطرافه إلى ترتيبها»<sup>(6)</sup>.

جاء في المعجم نفسه تعريف التكييف، في قانون الإجراءات الجنائية بأنه: «وصف قانوني

لواقعة، من حيث ما إذا كانت تقوم بها جريمة، ونوع هذه الجريمة، واسمها القانوني، وظروفها»<sup>(7)</sup>.

(1) ينظر: مسفر بن علي بن محمد القحطاني، التكييف الفقهي للأعمال المصرفية، مفهومه، وأهميته، وضوابطه، ص12.

(2) ينظر: الكساني، بدائع الصنائع، ج3 ص122.

(3) الآية 236، من سورة البقرة.

(4) ينظر: العراقي، طرح الشريب، ج2 ص182.

(5) ينظر: مسفر بن علي بن محمد القحطاني، التكييف الفقهي للأعمال المصرفية، ص12.

(6) ينظر: مجمع اللغة العربية، معجم القانون، مصر، ص77.

(7) ينظر: مجمع اللغة العربية، معجم القانون، ص310، وأحمد زكي بدوي، معجم المصطلحات القانونية، ص195، نقلا

عن القحطاني، منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية، ص353.

والتكييف بهذا المعنى، ليس تصويرًا لحالة الشيء فحسب، بل هو وصف له بالنظر إلى وضعه القانوني، وهذا ظاهر جدًا من قيد القانون لكلمة وصف، فهو وصف مقيد ببيان حكمه في القانون، أو بيان القانون الذي ينتمي إليه هذا الفعل، ويأخذ حكمه منه<sup>(1)</sup>.

فالتكييف هنا، هو تطبيق للقانون على الواقعة، وهو ما يسمى عند الأصوليين بتحقيق المناط، وهذا التكييف يستلزم التصوير؛ لأنه لا يمكن أن يطبق الاسم القانوني، أو الوصف القانوني على واقعة ما لم يتصورها<sup>(2)</sup>.

وأما الفقهاء المعاصرون، فقد تعددت عباراتهم في بيان معنى هذا المصطلح، بالنظر إلى استعمالهم له، ومن التعاريف ما يلي:

1- « تطبيق النص الشرعي على الواقعة العملية »<sup>(3)</sup>.

2- « التساؤل بلفظ كيف، عن وجه إرجاع مسألة ما من المسائل المعاصرة، إلى ما تندرج تحته من المسائل الفقهية المعروفة لدى قدماء الفقهاء »<sup>(4)</sup>.

3- « تحرير المسألة، وبيان انتمائها إلى أصل معين معتبر »<sup>(5)</sup>.

هذه التعريفات، لا تخرج عند أحد الأوجه، إما هي تعرف تحقيق للمناط، أو تقوم بتعريف التخريج الفقهي للواقعة أو النازلة؛ لأن التخريج رد الفرع إلى أصل منصوص - سواء كان النص شرعيًا، أو فقهيًا - ليأخذ حكمه، أو نقل حكم مسألة إلى ما يشبهها والتسوية بينهما فيه<sup>(6)</sup>.

أوهي بمعنى التصوير، أو تجمع بين التصوير والتخريج، كما هو في التعريف الأخير.

ولهذا ذكر بعض الباحثين بأن التكييف الفقهي، ذو صلة بثلاثة مصطلحات، هي: التصور

والتخريج، وتحقيق المناط<sup>(7)</sup>.

<sup>(1)</sup> ينظر: مسفر بن علي بن محمد القحطاني، التكييف الفقهي للأعمال المصرفية، ص14، 15.

<sup>(2)</sup> ينظر: مسفر بن علي بن محمد القحطاني، التكييف الفقهي للأعمال المصرفية، ص16.

<sup>(3)</sup> ينظر: القرضاوي، الفتوى بين الانضباط والنسب، دار الصحوة، القاهرة، ط1، 1408هـ-1988م، ص72.

<sup>(4)</sup> ينظر: القحطاني، منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية، ص352.

<sup>(5)</sup> ينظر: محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، ط2، 1408هـ-1988م، ص143.

<sup>(6)</sup> ينظر: في تعريف التخريج: الباحثين، التخريج، مكتبة الرشد، السعودية، ط1، 1429هـ-2008م، ص51، وعثمان

شوشان، تخريج الفروع على الأصول، دار طيبة للنشر، 1998م، ج1 ص67.

<sup>(7)</sup> ينظر: القحطاني، منهج استنباط أحكام النوازل، ج356، 357.

من التعريف السابق يتضح أن عناصر التكيف الفقهي تتكون من: الواقعة المستجدة، والأصل، وأوصاف الأصل الفقهية، والحقيقة، والإلحاق<sup>(1)</sup>.

وهذا لا يقدر عليه، إلا من تكون له المعرفة التامة بأحكام الشريعة، واستجمع شروط الاجتهاد، من معرفة النصوص، ومواقع الإجماع والخلاف، وطرق الاستنباط<sup>(2)</sup>. قال ابن القيم: « ولا يتمكن المفتي، ولا الحاكم من الفتوى، والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم: **أحدهما**: فهم الواقع، والفقه فيه، واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علما.

**والنوع الثاني**: فهم الواجب في الواقع، وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه، أو على لسان رسوله في هذا الواقع، ثم يطبق أحدهما على الآخر.

فمن بذل جهده واستفرغ وسعه في ذلك لم يعدم أجرين أو أجرا. فالعالم من يتوصل بمعرفة الواقع والتفقه فيه إلى معرفة حكم الله ورسوله»<sup>(3)</sup>.

ومعنى هذا أن الفقيه المحيط بكليات الشريعة وجزئياتها، يستحضر أبواب الفقه، فمتى عرضت له نازلة جديدة، بعد أن يتصورها، يستطيع أن يرد هذه النازلة إلى أصلها الشرعي، وأن يلحقها بابها الفقهي، وهذا يحتاج إلى اجتهاد جماعي تلتقي فيه العقول، وتتضافر فيه الجهود<sup>(4)</sup>.

### ثانيا: مشروعية التكيف الفقهي

هناك الكثير من الأدلة والوقائع، التي تثبت مشروعية التكيف الفقهي، وهي كما يلي:

1- قول الله ﷻ: ﴿وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِّنَ الْأَمْرِ أَوْ الْخَوْفِ أَدَّعَوْا بِهٖءَ وَكَلَّمَ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَىٰ أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ﴾<sup>(5)</sup>.

والاستنباط في الآية الكريمة يعني الاستخراج للأحكام الشرعية، وهو يدل على

الاجتهاد إذا عدم النص والإجماع<sup>(6)</sup>.

(1) ينظر: شبير، محمد عثمان، التكيف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، دار القلم، دمشق، 2004م، ص30.

(2) ينظر: مسفر بن علي بن محمد القحطاني، التكيف الفقهي للأعمال المصرفية، مفهومه، وأهميته، وضوابطه، ص22.

(3) ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، ج1 ص69.

(4) ينظر: مسفر بن علي بن محمد القحطاني، التكيف الفقهي للأعمال المصرفية، مفهومه، وأهميته، وضوابطه، ص22.

(5) الآية 82، سورة النساء.

(6) ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3 ص292.

2- قوله ﷺ: « لا يجمع بين متفرق، ولا يفرق بين مجتمع، خشية الصدقة»<sup>(1)</sup>.

وتفسير هذا: أنه إذا اجتمعت الفروع الفقهية، في طبيعتها وحقيقتها، أعطيت الحكم نفسه، ولا يفرق في الأحكام، إلا عند الاختلاف في الحقيقة والطبيعة، وهذا هو ما تقوم عليه عملية التكييف<sup>(2)</sup>.

3- وقد روي عن عمر بن الخطاب ﷺ، في كتابه الذي بعثه إلى أبي موسى الأشعري ﷺ: «اعرف الأمثال والأشباه، ثم قس الأمور عندك، فأعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق فيما ترى»<sup>(3)</sup>.

« وهذه العبارة صريحة بتتبع النظائر وحفظها، ليقاس عليها ما ليس بمنقول، وإن فيها إشارة، إلى أن من النظائر ما يخالف نظائره في الحكم، لمدرک خاص به، وهو الفن المسمى بالفروق، الذي يذكر فيه الفرق بين النظائر المتحدة تصويراً ومعنى، المختلفة حكماً وعلّة»<sup>(4)</sup>.

ومما تقدم، يتبين أن عملية التكييف مشروعة، وتعتبر نشاطاً اجتهادياً للفقهاء، ولكن ما يجب التنبيه إليه هنا، توضيح الفرق بين التكييف الفقهي، والقياس الفقهي.

حيث أن القياس الأصل فيه أن يكون منصوصاً عليه في القرآن أو السنة، أم الأصل في التكييف الفقهي، أن لا يشترط ذلك فقد يكون نصاً لفقهاء، أو قاعدة كلية عامة<sup>(5)</sup>.

وعلى ضوء ما يقع من النوازل المعاصرة، نستطيع أن نقسم التكييف إلى نوعين:

### ثالثاً: أقسام التكييف

ينقسم التكييف إلى نوعين، تكييف بسيط وتكييف مركب.

#### 1- التكييف البسيط

وفيه يمكن رد النازلة، إلى أصل من أصول الشريعة بسهولة، ولا تكون - أي النازلة - مركبة من عدة أمور متداخلة؛ مثل فتح الحساب الجاري في البنوك، حيث إن العميل يسلم للبنك شيئاً من المال، بشرط أن يعيد بشرط أن تكون هذه المعاملة وما يتعلق بها من رد المال واستثماره موافقاً لأحكام الشريعة<sup>(6)</sup>.

(1) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الزكاة، باب لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع، ج2 ص122.

(2) ينظر: ابن حجر العسقلاني، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، ج3 ص314.

(3) ينظر: السيوطي، الأشباه والنظائر، ص7.

(4) ينظر: السيوطي، الأشباه والنظائر، ص7.

(5) ينظر: شبير، محمد عثمان، التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، ص20.

(6) ينظر: محمد الجيزاني، فقه النوازل، دراسة تأصيلية تطبيقية، ج1 ص48.

هذه الصورة كيف نكفيها فقهيًا؟، هل هذه العملية من باب القرض؛ فيكون العميل مقرضًا، والبنك مقرضًا؟، أم هي من باب الوديعة؛ فيكون العميل مودعًا، والبنك مؤتمنًا على هذه الوديعة؟ وقبل أن يتم التكييف، لا بد من استحضار ما ذكره الفقهاء في حقيقة القرض وشروطه، وفي حقيقة الوديعة وشروطها.

وبالإجابة على هذا السؤال، يتم تكييف ودائع البنوك أو ما يسمى بالحساب الجاري: أهي من قبيل القرض أو من قبيل الوديعة؟<sup>(1)</sup>.

## 2- التكييف المركب

وهو ما أشكل فيه رد النازلة إلى عقد فقهي معين، بل يتجاذب النازلة أكثر من أصل؛ كما في «عقد الصيانة»، يحتمل أن يجعل من قبيل «عقد الإجارة»، أو «عقد الجعالة»<sup>(2)</sup>، إذا لا بد أن تستقل هذه النازلة - أي عقد صيانة، وهو من العقود المستجدة - بنظر خاص، وحكم معين، حيث لا نستطيع أن نرده إلى عقد معين من العقود المسماة<sup>(3)</sup>.

## رابعاً: خطوات التكييف الفقهي

لا بد للتكييف الفقهي من خطوات منهجية، لئتم لنا البناء المعرفي لهذه العملية الفكرية الاجتهادية، لتتضح الصورة أكثر لدى المتصدي لها، وهي كما يلي:

1- التعرف على الواقعة المستجدة: وهي المسألة المستحدثة، التي تعرض على المجتهد ليحكم فيها<sup>(4)</sup>، وتحليلها إلى عناصرها الأولية وهي تشمل كل من:

أ - المسائل التي أستحدثها الناس، ولم تكن معروفة في عصور التشريع أو الاجتهاد، مثل النقود الورقية، وزواج المسيار،...<sup>(5)</sup>.

ب- المسائل التي تغيرت علة الحكم فيها، نتيجة التطور وتغير الظروف والأحوال، مثل التقابض الحقيقي في صرف العملات، التي تجريها البنوك عند شراء العميل عمله أجنبية، من خلال حسابه

(1) ينظر: محمد الجيزاني، فقه النوازل، دراسة تأصيلية تطبيقية، ج1 ص48.

(2) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الحادي عشر، الجزء الثاني، 1419هـ-1998م، ص 215.

(3) ينظر: محمد الجيزاني، فقه النوازل، دراسة تأصيلية تطبيقية، ج1 ص49.

(4) ينظر: شبير، محمد عثمان، التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، ص 64.

(5) زواج المسيار: أن يعقد الرجل زواجه على امرأة عقداً شرعياً مستوفي الأركان، لكن المرأة تنازل عن السكن والنفقة. قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثامنة عشرة المنعقد بمكة، في الفترة من 10 - 14/3/1427هـ-8-2006/4/12م، موضوع: (عقود النكاح المستحدثة).

ليقوم بتحويلها إلى الخارج، فعملية القيد بالحساب التي يجربها موظف البنك أصبحت في مقابل التقابض الحقيقي، والتي تعارف على تسميتها بالتقابض الحكمي<sup>(1)</sup>.

2- التعرف على الأصل الذي تكيف عليه الواقعة: وقد يكون الأصل نص من القرآن، أو السنة، أو إجماع، أو على قاعدة كلية، أو على نص لفيقه، ويجب هنا على المجتهد أن يتحقق من ثبوت الأصل الذي تكيف عليه الواقعة، وأن يفهمه فهماً جيداً مقرونة بظروفها وشروطها<sup>(2)</sup>.

3- المطابقة بين الواقعة المستجدة والأصل: وهي جوهر عملية التكييف الفقهي، وهو أن يجمع بين الواقعة المستجدة والأصل في الحكم، لاتحادهما في العلة<sup>(3)</sup>.

مثال الخراج، لا يعتبر عقد إجارة؛ لأن الخراج وضع على أهل الذمة دون رضاهم، وهو غير متحقق في الإجارة، والخراج لا يحتاج إلى صيغة عقد، لكن الإجارة من أركانها أن تكون هناك صيغة عقد، والخراج أيضاً مؤبد، وتأييد الإجارة باطل عند جمهور الفقهاء<sup>(4)</sup>.

لذلك يجب لإلحاق الواقعة المستجدة بالأصل، أن تكون هناك مجانسة ومطابقة بينهما في العناصر الأساسية، من أركان وشروط وعلاقات، بين أطراف الواقعة المستجدة.

(1) نزيه كمال حماد، القبض الحقيقي والحكمي قواعده وتطبيقاته، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، بجدة، الدورة السادسة، العدد السادس، 1410هـ - 1990م، ج1 ص771، 772.

(2) ينظر: شبير، محمد عثمان، التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، ص73.

(3) ينظر: شبير، محمد عثمان، التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، ص93.

(4) ينظر: شبير، محمد عثمان، المرجع نفسه، ص93.



### الفرع الثالث: مرحلة التطبيق

عندما يستطيع الفقيه، أن يلحق الواقعة بالأصل المناسب لها، ما بقي له، إلا أن يعطي الحكم المختص بها، والموافق لها.

#### أولاً: معنى التطبيق<sup>(1)</sup>

أي تنزيل الحكم عليها، بما يتوافق مع المقصد الشرعي، مع اعتبار احتمال غلبة المصالح أو المفسد أو اختلاطها، مما يوجب الموازنة بينها، ومع مراعاة حالات الاضطرار، وما تعم به البلوى<sup>(2)</sup>، واعتبار الأعراف والعادات والأحوال والمآلات<sup>(3)</sup>.

تطبيق الحكم على النازلة يُراد به: تنزيل الحكم الشرعي على المسائل النازلة، ذلك أن تصور النازلة، وفهمها فهماً صحيحاً، ثم تكيفها من الناحية الفقهية، كفيلاً بمعرفة حكم النازلة المناسب لها، وهذا هو النظر الجزئي الخاص<sup>(4)</sup>.

ومن الأمثلة على ذلك: أن النبي ﷺ، ترك هدم الكعبة وبناءها، على قواعد إبراهيم عليه السلام، وقتل رأس المنافقين، مع ما فيه من المصلحة الظاهرة التي يدل عليها النظر الخاص، وذلك مراعاة للمصلحة العليا<sup>(5)</sup>.

ثم إن تنزيل الأحكام على النوازل، أمر يحتاج إلى فقه دقيق، ونظر عميق، وقد أشار الفقهاء، إلى الفرق بين الفقيه المطلق، وهو الذي يصنّف ويدرّس، وبين الفقيه المفتي، وهو الذي يُنزل الأحكام الفقهية على أحوال الناس والوقائع، وذكر أن الفقيه المفتي، أعلى مرتبة من الفقيه المطلق، وأنه يحتاج إلى تبصر زائد، على حفظ الفقه وأدائه<sup>(6)</sup>.

وإذا علم أن تطبيق الحكم على النازلة، لا بد فيه من المحافظة على مقاصد الشريعة؛ فإن هذه المحافظة تكون بمراعاة ثلاث قواعد:

الأولى: الموازنة بين المصالح والمفاسد، في الحال والمآل.

(1) طَبَّقَ يُطَبِّقُ، تطبيقاً، فهو مُطَبِّقٌ، والمفعول مُطَبَّقٌ، يُطَبِّقُ الْقَاعِدَةَ : يَحْدُو حُدُو بُنُودِهَا، أَنْ يُجَرِّبَهَا لِئِيْرَهْنَ عَلَى مَدَى صِحَّتِهَا، ينظر: مادة (طبّق)، الرازي، مختار الصحاح، ص163، (ط ب ق)

(2) عموم البلوى كمركب اصطلاحى يقصد به: « شيوع المحذور شيوعاً يغسّر على المكلف معه تحاشيه»، ينظر: قطب مصطفى سانو، معجم مصطلحات أصول الفقه، دار الفكر، ط1، 1420هـ - 2000م، ص299.

(3) ينظر: محمد بن حسين الجيزاني، فقه النوازل، دراسة تأصيلية تطبيقية، ج1ص54.

(4) ينظر: محمد بن حسين الجيزاني، فقه النوازل، ج1ص54.

(5) ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج2ص326.

(6) ينظر: جلال الدين السيوطي، الرد على من أخلد إلى الأرض، مكتبة الثقافة الدينية، مصر، ص179.

الثانية: تقدير حالات الاضطرار، وعموم البلوى.

الثالثة: اعتبار الأعراف والعادات، واختلاف الأحوال، والظروف والمكان والزمان<sup>(1)</sup>.

وهناك من الباحثين، من يضع أسلوباً لاستنتاج حكماً للنازلة؛ حيث إنَّها تتردّد بين الحظر والإباحة، ويمكن استنباط الحكم بطريق الافتراض، واختبار كل فرضية حتى يتم الوصول إلى نتيجة، وذلك بافتراض القول بالجواز، والنظر في أثر هذا القول، وما يترتب عليه من مصالح ومفاسد.

وكذلك افتراض القول بالحظر، والبحث في أثره وما يترتب عليه، ثم إجراء موازنة بين النتائج في الخطوتين، مراعيًا المصالح والمفاسد المترتبة، ويسترشد في ذلك بالقواعد الفقهيّة الكلية.

ثم يقوم الباحث بعد ذلك، بعرض القول الذي ترجّح لديه في النازلة، على مقاصد الشريعة الإسلامية، وإذا لم يستطع الباحث بعد إجراء الخطوات السابقة، أن يستنتج حكماً للنازلة، فعليه حينئذ أن يتوقف، ولا يفتي فيها، حتى يغلب على ظنه حكم ما<sup>(2)</sup>.

وإن كان اعتبار المآل يحتاج إلى شيء، فليس أكثر من هذه العناصر الثلاثة، التي وردت موجزة بما يناسب المقام.

#### الفرع الرابع: التوقف

يمكن أن نضيف مدرّكاً رابعاً، وهو التوقف في الحكم على النازلة، وإنما يُصار إليه عند العجز عن تصور الواقعة تصوّراً تاماً، أو عند عدم القدرة على تكييفها من الناحية الفقهيّة، أو عند تكافؤ الأدلة، وعدم القدرة على ترجيح قول من الأقوال<sup>(3)</sup>.

قال ابنُ عبد البر: « وَمَنْ أَشْكَلَ عَلَيْهِ شَيْءٌ لَزِمَهُ الْوَقُوفُ، وَلَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَحِيلَ عَلَى اللَّهِ قَوْلًا فِي دِينِهِ، لَا نَظِيرَ لَهُ مِنْ أَصْلٍ، وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى أَصْلٍ، وَهَذَا الَّذِي لَا خِلَافَ فِيهِ بَيْنَ أُمَّةِ الْأَمْصَارِ قَدِيمًا وَحَدِيثًا فَتَدْبِرُهُ »<sup>(4)</sup>.

(1) ينظر: محمد بن حسين الجزاني، فقه النوازل، ج1 ص55، 56.

(2) ينظر: عبد الناصر أبو البصل، المدخل إلى فقه النوازل، بحث منشور ضمن كتاب بحوث في دراسات فقهيّة في قضايا فقهيّة معاصرة، ج2 ص625 و627، 628، وهو منشور ضمن بحوث مجلة اليرموك، العدد الأول، الأردن، 1997م، ص599.

(3) ينظر: محمد بن الحسين الجزاني، فقه النوازل، 58.

(4) ينظر: ابن عبد البر، جامع بيان العلم، ج2 ص847.

من كل ما سبق يظهر، أن النظر في التنازع بين القوانين وهو البحث عن الحلول الملائمة و التي تحقق العدالة والمصلحة للمتنازعين، ومبدأ مراعاة المآل، في فقه الأقليات المسلمة، التي تحكمها عادة قوانين تخالف عقيدتها والمبادئ التي أسست عليها حضارتها، وأحكام شريعتها الغراء.

فإن النظر في التنازع بين القوانين، وتطبيق مبدأ مراعاة المآل في فقه الأقليات المسلمة، يلتقيان عند هدف واحد، وهو البحث عن أفضل الحلول الملائمة والتي تحقق أهداف ومقاصد الشرع.

وذلك بالنظر إلى القواعد والأصول، التي تأسس عليها هذا المبدأ، والمقصود بها هنا: قاعدة الذرائع، وقاعدة الحيل، وذلك باعتبار هاتين القاعدتين، ميزان للنظر في فقه الأقليات المسلمة.

خلاصة هذا المبحث: إن آلية حل تنازع القوانين تمر بمراحل معينة، على القاضي أن يسلكها، حتى يصل إلى النتيجة التي تحقق العدل في القضية المتنازع عليها، وهذا هو غاية القانون وفلسفته.

والناظر في مدارك اعتبار المآلات، لا يمكن للمجتهد أو المفتي أو القاضي، أن يصدر حكماً في النازلة، ما لم يبذل جهده ويستفرغ الوسع، قاصد من ذلك تحقيق مقصد الشريعة، وهي العدل والرحمة والمصلحة.

هنا تتقاطع نظرية تنازع القوانين، مع مبدأ النظر في اعتبار المآلات، وتلتقيان في هدف واحد هو تحقيق العدل والمصلحة، من خلال الأحكام التي يتغيها كل طرف. والله أعلم

### المبحث الثالث: اعتبار المآل كآلية لحل تنازع القوانين بشأن المسائل الشخصية

إن التصدر للبحث في قضايا الأسرة، منصب عظيم الأثر، بعيد الخطر؛ فالمفتي هنا قائم مقام النبي ﷺ، وهو خليفته، ونائب عنه في تبليغ الأحكام، وتعليم الأنام، وإنذارهم بها لعلمهم يحذرون، وإذا كان منصب التوقيع عن الملوك، بالمحل الذي لا ينكر فضله، ولا يجهل قدره، وهو من أعلى المراتب السنيات، فكيف بمنصب التوقيع عن رب الأرض والسموات<sup>(1)</sup>.

هذا عن الإفتاء بصفة عامة، أما الإفتاء في قضايا النوازل فإنه أعظم خطراً، وأشد أثراً، فالمفتي يسير في طريق غير معبد، وواقع يشترك فيه السياسي والاجتماعي، والاقتصادي مع الفقهي والشعري، ولا بد من التريث، خاصة إن كان الأمر يتعلق بفتاوى الأمة لا بفتاوى الأفراد، بهذه الفتوى تُحل دماء أو تُحرم، وتُستباح حرمان أو تصان.

على المفتي التأني والتدبر والتشاور للوقوف على الأمر بكافة جوانبه، ومعرفة مآلات الفتوى، وإن قضايا الأمة، لا يصلح لها الفرد مهما أوتي من العلم، ورجاحة العقل، بل لا بد من أن يجتمع عليها عدد من العلماء، من تخصصات متعددة، ينضجونها بالبحث والحوار، ثم يأتي الفقيه أو مجموعة من الفقهاء، بعد أن يعوا الواقع ويعلموه من كل جوانبه ليصدروا فتواهم في هذه المسألة.

### المطلب الأول: مآل تنازع القوانين على إنشاء عقد الزواج

إن الزواج هو أكثر مواضيع الأحوال الشخصية، إثارة للنزاع والخلاف بين الدول، نظراً لاختلاف فكرة الزواج من بلد لآخر، واختلاف شروط وشكل انعقاده، وآثاره وانقضاءه، قد يكيف قانون دولة معينة العلاقة التي تكون بين رجل وامرأة، على أنها علاقة زواج، في حين يراها قانون دولة أخرى، علاقة غير مشروعة، وفي ما يلي توضيح صحة عقد الزواج من خلال الفروع الآتية.

### الفرع الأول: مآل التنازع بين القوانين على صحة عقد الزواج

لصحة انعقاد الزواج، يجب توافر شروط شكلية، وأخرى موضوعية، فما هو القانون الواجب التطبيق؟.

الإجابة سنتطرق إليها، في القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية، والقانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية.

### أولاً: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج

تمثل الشروط الموضوعية للزواج، في الأركان المتمثلة في العاقدین (الزوج والزوجة)، المعقود عليه (الاستمتاع الذي يقصده الطرفان)، الصيغة (التراضي)، والتي اعتبرها المشرع

(1) ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، ج1 ص9.

الجزائري الركن الوحيد في عقد الزواج، وهذا في المادة (09) من قانون الأسرة الجزائري<sup>(1)</sup>، والرضا هو تطابق إرادة الزوجين لإحداث الزواج، ويكون بالإيجاب والقبول.

إلا أن عقد الزواج يحتاج لشروط الصحة، والتي هي حسب القانون الأسرة الجزائري المنصوص عليها في المادة (09 مكرر)، أهلية الزواج، والتي حددها المشرع الجزائري في المادة (07) من قانون الأسرة بسن (19) سنة كاملة، بالنسبة للمرأة والرجل معا.

الولي الذي جعله المشرع الجزائري في المادة (11) من قانون الأسرة، بالمعنى أبوها أو أحد أقاربها، أو أي شخص آخر هي تختاره.

الصداق وهو المبلغ من المال يقدم للزوجة، بغرض النكاح، طبقا للمادة (14) من نفس القانون، إضافة إلى خلو الزوجين من الموانع الشرعية، وهو كل مانع يحول دون إتمام الزواج، وقد تكون موانع مؤبدة (سبب دائم لا يزول)، وأخرى مؤقتة (تزول بزوالها)، طبقا للمادة (23) من قانون الأسرة، إضافة إلى اعتبار المانع الصحي، من موانع الزواج، ويجب الإشارة إلى أن الموانع هي من النظام العام<sup>(2)</sup>.

إذا كانت هذه هي الشروط الموضوعية لصحة الزواج، فكيف تكيف إذن؟.

لتحديد القانون الواجب التطبيق، هنا ظهرت ثلاث اتجاهات<sup>(3)</sup>، وهي:

أ - الاتجاه الأول:

وهو إسناد الشروط الموضوعية، إلى قانون محل إبرام الزواج، وهذا دون التمييز بين الشروط الشكلية، والشروط الموضوعية.

ب - الاتجاه الثاني:

وهو الذي يتجه حول إخضاع الشروط الموضوعية، إلى موطن الزوجين.

ج - الاتجاه الثالث:

وهو الغالب والذي يخضع الشروط الموضوعية إلى قانون جنسية الزوجين، والذي أخذت به كل من فرنسا وألمانيا، وحتى اتفاقية لاهاي 1902م المادة (01) منها.

وكذلك القانون الجزائري في المادة (11) من القانون المدني، التي تنص على: « يسري على

<sup>(1)</sup> قانون الأسرة رقم 11/84 المؤرخ في 09/06/1984م المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 الصادر بتاريخ 27/02/2005م.

<sup>(2)</sup> ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص122.

<sup>(3)</sup> ينظر: مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، سنة 2011-2012م، ص20 وما بعدها.

الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين».

إلا أنه لا توجد أية صعوبة في إخضاع الشروط الموضوعية، لقانون الجنسية إذا كان الزوجان يتمتعان بجنسية موحدة، غير أن الإشكال يطرح، حين يكونان مختلفي الجنسية، فكيف يطبق قانون الجنسية إذن؟<sup>(1)</sup>.

قبل الإجابة، يجب أن نشير إلى أن هناك شروط فردية، كالأهلية والرضا، وأخرى مزدوجة متعلقة بالزوجين كالموانع، اختلف الفقهاء حول تطبيق قانون الجنسية، منهم من أخضع الشروط الموضوعية، لكل من جنسية الزوج وجنسية الزوجة، وهو ما يسمى « بالتطبيق الجامع »<sup>(2)</sup> إلا أنه انتقد، في كونه صعب من حيث التطبيق العملي، وكذا يضيق حالات انعقاد الزواج المختلط<sup>(3)</sup>.

غير أن أغلبية الفقه، اتجه نحوى إخضاع الشروط الموضوعية، إلى جنسية كل طرف على حدة، وهذا هو « التطبيق الموزع »<sup>(4)</sup>، ولكن ما لموانع الزواج، من خطورة وحساسية، اشترط الفقهاء في هذه الناحية « التطبيق الجامع »، ومثال ذلك أن محكمة استئناف باريس قد اعتبرت وجود زواج سابق، من موانع الزواج المزدوجة، وقد أبطلت على هذا الأساس، زواج فرنسية مع كمروني متزوج، على الرغم من أن قانونه الشخصي يبيح تعدد الزوجات<sup>(5)</sup>.

وقد سبق أن ذكرت بأن المادة (11) قانون المدني الجزائري، أخضعت الشروط الموضوعية، إلى قانون جنسية كل من الزوجين، إلا أنه هناك استثناء ورد في المادة (13) من القانون المدني

(1) ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص122.

(2) التطبيق الجامع (التراكمي) لقواعد الإسناد:

معنى التطبيق الجامع هو: « أن يلجأ المحكم، إلى فحص كل قاعدة من قواعد الإسناد في النظم القانونية الوطنية التي لها صلة بموضوع النزاع المعروض عليه، فإذا لاحظ خلال ذلك أن هذه القواعد متقاربة وتؤدي إلى تطبيق قانون وحيد، فإنه يلجأ إلى إعلان هذا القانون مختصاً بحكم النزاع». ينظر: دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، السنة الجامعية: 2007-2008م. ص19.

(3) ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص122.

(4) التطبيق الموزع لقانون كل من الزوجين: ومعنى ذلك، « أن كل طرف عليه أن يستوفي جميع شروطه الموضوعية المنصوص عليها في قانونه الوطني. ويستثنى من التطبيق الموزع موانع الزواج نظراً لخطورتها (مثل الموانع المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري: موانع القرابة والمصاهرة، حسب المواد(23 و24)، لأنها تهدف، لحماية الرابطة الزوجية في حد ذاتها، وليس لحماية شخص الزوج أو الزوجة». ينظر: دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، في القانون الخاص، ص20.

(5) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ص235.

نفسه: «يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين (11 و 12) إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج».

### ثانيا: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للزواج

باعتبار الزواج تصرف قانونيا من الناحية الشكلية فإنه يخضع لقاعدة الشكل، غير أن الدول تختلف في اعتبار هذه القاعدة اختيارية أم إلزامية<sup>(1)</sup>.

لقد أخذت بعض القوانين بقاعدة الشكل على سبيل الإلزام، بحيث لا يجوز تطبيق قانون آخر، إلا أن أغلبية الدول تأخذ بهذه القاعدة على سبيل الاختيار، وتجزئ إخضاع الشروط الشكلية، لقانون جنسية الزوجين<sup>(2)</sup>.

أما القانون الجزائري فيعتبر هذه القاعدة إلزامية في الحالة التي يكون فيها الزوجين متحدي الجنسية، وفي حالة اختلاف جنسيتهما تخضع الشروط الشكلية لمحل إبرام العقد، وهذا طبقا لنص المادة (19 معدلة) قانون مدني: « تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه».

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين، أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية<sup>(3)</sup>.

أما بالنسبة للزواج الذي يعقد في الخارج فقد أجاز القانون أن يتم الإشراف عليه من قبل الهيئات المختصة<sup>(4)</sup>، وهو ما نصت عليه المواد (96) و(97)، من قانون الحالة المدنية<sup>(5)</sup>، حيث اعتبر الزواج الذي يعقد أمام الدبلوماسيين أو القناصل صحيحا.

إلا أن المادة (97 فقرة 2) من قانون الحالة المدنية تنص على: « ويجري مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية وتم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة

(1) ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص124.

(2) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص219.

(3) ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص124.

(4) الدبلوماسيين أو القناصل، اتفاقية لاهاي لسنة 1902م، الخاصة بالزواج والاتفاقية الجزائرية الفرنسية المبرمة في 24/05/1974م.

(5) قانون رقم 08-14 مؤرخ في 13 شوال عام 1435م الموافق 9 غشت سنة 2014م يعدل ويتمم الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389م الموافق 19 فبراير سنة 1970م والمتعلق بالحالة المدنية.

قنصلية أو قناصل الجزائر طبقاً للقوانين الجزائرية»، استثنت زواج الجزائرية بأجنبي وأشارت إليها في المادة (31) من قانون الأسرة الجزائري<sup>(1)</sup>.

حيث اشترطت إجراءات خاصة، وهي الحصول على ترخيص تسلمه المصالح الإدارية الخاصة بشؤون الأجانب في الجزائر، وقد تضمنت تعليمة وزارية مشتركة بين وزير الداخلية، ووزير العدل إضافة إلى شرط الإسلام، في طالب الزواج الأجنبي الذي يرغب بالزواج من جزائرية<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: صحة عقد الزواج في الفقه الإسلامي

لا نجد في الفقه الإسلامي، نفس التقسيم الموجود في القانون لعقد الزواج، وإنما نجد مكونات عقد الزواج تتمثل في أركان عقد الزواج وشروطه، أما الجانب الشكلي لا ينكره الإسلام إذا كانت المصلحة تقتضيه، وفي التوثيق بالكتابة في آية الدين تخريج على ذلك، وهو ما سألناه في العناصر الآتية.

### أولاً: أركان عقد الزواج

الركن<sup>(3)</sup> عند الفقهاء، ما به قوام الشيء ووجوده، ويكون جزءاً داخلياً في حقيقته، ومنه أركان الصلاة<sup>(4)</sup>.

وقد اختلف الفقهاء في أركان الزواج، إلا أنهم اتفقوا على ركن واحد وهو: الإيجاب والقبول<sup>(5)</sup>.

ذهب الحنفية إلى أن ركن الزواج، هو الصيغة فقط، أي الإيجاب والقبول<sup>(6)</sup>.

(1) ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص125.

(2) ينظر: زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، - تنازع القوانين -، ج1 ص159.

(3) تعريف الركن لغة: ركن الشيء جانبه الأقوى، وأركان الشيء أجزاء ماهيته، والماهية لا توجد بدون جزئها، فكذا الشيء لا يتم بدون ركنه. ينظر: الفيومي، المصباح المنير، ج1 ص340، و قلعة جي، معجم لغة الفقهاء، ص 202.

(4) ينظر: قلعة جي، معجم لغة الفقهاء، ص 203.

(5) تعريف الإيجاب لغة: مصدر أوجب، أي ألزمهم به إلزاماً. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج 30 ص 878.

أما اصطلاحاً: فهو التلطف الذي يصدر عن أحد العاقدين وقد اختلف الفقهاء في تعريفه، ينظر: الشوكاني، محمد بن علي، فتح القدير، دار الفكر، بيروت، ج 2 ص344، و النووي، محي الدين بن شرف، المجموع، دار الفكر، بيروت، 1417هـ - 1996م، ط1، ج7 ص165.

(6) ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج3 ص87.



اختلف المالكية في أركان الزواج، فذهب ابن شاس<sup>(1)</sup>، إلى أنها أربعة: الصيغة والمحل، والصداق والعقد، بينما ذهب ابن الحاجب إلى أنها: صيغة وولي وزوج وزوجة وصداق<sup>(2)</sup>. وذهب الشافعية، إلى أن أركانه أربعة وهي: الزوجان والولي، والشاهدان والصيغة<sup>(3)</sup>. أما الحنابلة، فذكروا أن أركان الزواج ثلاثة، وهي: الزوجان والإيجاب والقبول، وعليه فإن الإيجاب والقبول ركن بالاتفاق<sup>(4)</sup>. إن الفقهاء قد اتفقوا على الصيغة، كركن من أركان الزواج، إلا أنهم اختلفوا في ألفاظ الإيجاب والقبول، على النحو الآتي:

لا خلاف بين الفقهاء في انعقاد العقد بلفظي: أنكحت وزوجت، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا فَدَّ سَلْفٌ﴾<sup>(5)</sup>، وقوله: ﴿بَلَمَّا فَضِبُ نَزِيدٌ مِّنْهَا وَطَرَأَ زَوْجُنْكَهَا﴾<sup>(6)</sup>، وقوله: ﴿مَا طَابَ لَكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ﴾<sup>(7)</sup>.

فهما اللفظان الواردان في القرآن الكريم، كما وردا كذلك في السنة النبوية المشرفة. حيث قال ﷺ: «**النكاح من سنتي**»<sup>(8)</sup>، واختلفوا في انعقاده بغير هذين اللفظين: كلفظ البيع والهبة والصدقة، وخلاصة المذاهب ما يأتي:

<sup>(1)</sup> ابن شاس: هو شيخ المالكية جلال الدين أبو محمد عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار بن عشائر بن شاس الجذامي السعدي المصري المالكي مصنف كتاب: «الجواهر الثمينة في فقه أهل المدينة». ينظر: محمد مخلوف، شجرة النور، ص165، وابن فرحون، الديباج المذهب، ج1 ص443.

<sup>(2)</sup> ينظر: المواق، التاج والإكليل، ج3 ص418، 419.

<sup>(3)</sup> ينظر: الهيثمي، أحمد بن محمد، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي، ج7 ص218.

<sup>(4)</sup> ينظر: البهوتي، كشاف القناع، ج5 ص37.

<sup>(5)</sup> الآية 22، من سورة النساء.

<sup>(6)</sup> الآية 37، من سورة الأحزاب.

<sup>(7)</sup> الآية 3، من سورة النساء.

<sup>(8)</sup> أخرجه ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج1 ص592، كتاب النكاح: باب ما جاء في فضل النكاح، حديث رقم (1846)، من طريق عيسى بن ميمون عن القاسم عن عائشة به. قال: البوصيري، مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه، دار الوطن، الرياض، ط1، 1420هـ-1999م، ج2 ص65، هذا إسناد ضعيف، لضعف يحيى بن ميمون، وقال عنه الألباني حديث حسن، الألباني، صحيح سنن ابن ماجه، ج1 ص310.

1- ينعقد الزواج عند الحنفية، بلفظ الهبة والصدقة، والتمليك والبيع، وكل الألفاظ التي تدل على تمليك الأعيان، بشرط نية أو قرينة<sup>(1)</sup>.

واستندوا في ذلك، إلى قول النبي ﷺ لرجل لم يملك مهرًا يقدمه لعروسه: « **قد ملكتها بما معك من القرآن**»<sup>(2)</sup>. بأنه لفظ ينعقد به تزويج النبي ﷺ، فانعقد به نكاح أمته، كلفظي الإنكاح والتزويج؛ ولأن العبرة في عقد النكاح بالنية<sup>(3)</sup>.

2- وقال الشافعية والحنابلة<sup>(4)</sup>: لا ينعقد الزواج إلا بلفظ النكاح، أو التزويج، استناداً إلى قوله

تعالى: ﴿ **وَأَمْرًا مَّوْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ** ﴾<sup>(5)</sup>.

واستدلوا أيضاً، بقوله في خطبة عرفة: « **فاتقوا الله في النساء، فإنكم أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة من الله**»<sup>(6)</sup>، وكلمة الله ﷻ التي أحلّ بها الفروج، هي المذكورة في القرآن الكريم، وهي الزواج والنكاح؛ ولأن عقد الزواج من أهم العقود وأعظمها، وقد سماه الله تعالى ميثاقاً غليظاً، فكان لا بد أن يتم بلفظ واضح لا يحتمل غيره<sup>(7)</sup>.

3- ذهب المالكية إلى انعقاد النكاح بلفظ الهبة فقط، إذا ذكر معها المهر، واختلفوا في انعقاده بلفظ الصدقة والتمليك، على قولين<sup>(8)</sup>:

الأول: ينعقد إن ذكر معها المهر.

الثاني: لا ينعقد سواء ذكر المهر أم لم يذكر.

(1) ينظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3ص16.

(2) صحيح البخاري (بشرح فتح الباري)، كتاب: النكاح، باب: تزويج المعسر لقوله تعالى: (إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله)، ج9ص34، رقم الحديث(5087). صحيح مسلم (بشرح النووي)، كتاب: النكاح، باب: الصداق وجواز كونه تعليم قرآن...، ج5ص2200، رقم الحديث (3425).

(3) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج2ص230.

(4) ينظر: النووي، روضة الطالبين، ج7ص36، و البهوتي، كشف القناع، ج5ص37.

(5) من الآية 50 من سورة الأحزاب .

(6) ينظر: مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي، ج8ص183.

(7) ينظر: آبادي، محمد شمس الحق العظيم، عون المعبود، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415هـ، ط2، ج5ص263.

(8) ينظر: المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج3ص420.

واستندوا في انعقاده، إلى ما استدل به الحنفية، واشتروا ذكر المهر؛ ليكون قرينة على إرادة الزواج من هذه الألفاظ.

اتفق أكثر الفقهاء، على أن من لم يقدر على تكلم العربية، يصح منه العقد بلغته، التي يفهمها ويتكلم بها، والقاعدة الفقهية تقول: « العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني »<sup>(1)</sup>. أما إذا كان العاقد يحسن التكلم بالعربية، فاختلّفوا على مذهبين:

الأول: ينعقد الزواج بكل لغة يمكن التفاهم عليها، مع القدرة على النطق بالعربية، وهو رأي الجمهور، والشافعية في قول.

الثاني: لا ينعقد الزواج إلا بالعربية، للقادر على النطق بها، وهو رأي الحنابلة، والشافعية في قول آخر<sup>(2)</sup>.

أما العاقدان: هو الركن الثاني من أركان الزواج، والمقصود بالعاقدين الزوجان، أو وليهما، أو وكيلهما<sup>(3)</sup>.

ومن الجدير بالذكر، أنه لا بد في الذي يباشر العقد، أن تتوفر فيه الصفات اللازمة لإتمام العقد، كأن يكون أهلاً لممارسة عقد الزواج، والأهلية تشمل العقل والتمييز<sup>(4)</sup>.

وأن يكون الزوج مسلماً، إن أراد الزواج من مسلمة، فقد حرّم الإسلام زواج المسلمة بغير المسلم، ولزواج المسلم بغير المسلمة أحكام، وشروط سيأتي ذكرها في محلّه إن شاء الله تعالى.

(1) ينظر: مجلة الأحكام العدلية، بعناية بسام عبد الوهاب الجابي، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2004م، مادة(3)، ص8

(2) ينظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3ص19، والشرييني، مغني المحتاج، ج3ص140، وابن قدامة، المغني، ج7ص429، 430.

(3) ينظر: البهوتي، كشف القناع، ج5ص37.

(4) ينظر: البهوتي، كشف القناع، ج5ص37، والتمييز معناه: فهم الخطاب وحسن رد الجواب. ينظر: عقلة، نظام الأسرة، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، 1983، ج1ص250، والسرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمّان، الأردن، ط 3، 1431هـ - 2010م، ص50.

## ثانياً: شروط<sup>(1)</sup> عقد الزواج

شروط كل عقد تنقسم إلى أربعة أنواع: شروط الانعقاد، و الصحة، و النفاذ، وشروط اللزوم<sup>(2)</sup>.

### ثالثاً: توثيق عقد الزواج

يطلق مصطلح التوثيق<sup>(3)</sup>، على علم الوثائق ويرتبط بالفقه الإسلامي وتابع للقضاء، مهمته ضبط معاملات الناس وعقودهم على القوانين الشرعية: « هي بضاعة جليلة شريفة، وبضاعة عالية منيفة، تحتوى على ضبط أمور الناس، على القوانين الشرعية، وحفظ دماء المسلمين وأموالهم، والإطلاع على أسرارهم وأحوالهم »<sup>(4)</sup>.

### 1- مشروعية توثيق العقود بالكتابة

قد ثبت مشروعية التوثيق، بالقرآن والسنة وعمل الصحابة.

قال الله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيِّئِ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى بِاٰكْتُبُوهُ﴾<sup>(5)</sup>.

<sup>(1)</sup> تعريف الشرط: هو الزام الشيء والتزامه، وأشراط الساعة أي علاماتها. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج2 ص297. و في اصطلاح الفقهاء: « ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجودٌ ولا عدمٌ لذاته ». ينظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج1 ص94.

<sup>(2)</sup> شروط الانعقاد: هي التي يلزم توافرها في أركان العقد، وإذا تخلف شرط منها كان العقد باطلاً. أما شروط الصحة: فهي التي يلزم توافرها لترتب الأثر الشرعي على العقد واحترامه من قبل الشارع. وشروط النفاذ: هي التي يتوقف عليها ترتب أثر العقد عليه بالفعل بعد انعقاده وصحته.

أما شروط اللزوم: فهي التي يتوقف عليها استمرار العقد وبقاؤه. ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر دمشق، ط3، 1433هـ-2012م، ج7 ص47، وأبو زهرة، عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، ص91.

<sup>(3)</sup> تعريف التوثيق في اللغة: هو بمعنى، قوى وثبت وصار محكما فهو وثيق، ووثق الأمر أحكمه. ينظر: مجمع اللغة العربية، وزارة التربية والتعليم مصر، ص660.

الاصطلاح: وثق العقد أي سجله بالطريق الرسمي، فكان موضع ثقة. ينظر: الونشريسي، أحمد بن يحيى، المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بآداب الموثق وأحكام الوثائق، تحقيق: عبد الرحمن بن محمود الأطرم، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط1، 1425هـ-2005م، ج1 ص15، 16.

<sup>(4)</sup> ينظر: الونشريسي، أحمد بن يحيى المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بآداب الموثق وأحكام الوثائق، ج1 ص28.

<sup>(5)</sup> الآية 282، سورة البقرة.

و في السنة، عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: « **ماحق امرئ مسلم له شيء يوصى فيه، يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده**»<sup>(1)</sup>، فالأمر بكتابة الدين، ثم الإرشاد إلى كتابة الوصية، دليلاً على مشروعية التوثيق، وهذا واضح من ظاهر النص<sup>(2)</sup>.  
 لقد اختلف العلماء في الأمر الوارد بكتابة الدين، والإشهاد، في قوله تعالى «فاكتبوه» وقوله «وأشهدوا»، فمنهم من قال أن الأمر للندب والإرشاد، ومنهم من قال أن الأمر للوجوب، ومنهم من قال بالوجوب لكنه خفف، ومنهم من قال بالنسخ<sup>(3)</sup>، لقوله تعالى: ﴿بِإِنِّ آمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا﴾<sup>(4)</sup>. «إنه تعالى أباح ترك الكتابة والإشهاد، والرهن عند اعتقاد كون المديون آميناً»<sup>(5)</sup>.

## 2- توثيق عقد الزواج

إن من قال بوجوب كتابة الدين، قول وجيه وقوى، خاصة في هذا العصر، الذي قل فيه التدين، وكثرت فيه الخيانة وضياع الأمانة، لاسيما أن الحكمة من كتابة الديون، والإشهاد عليها للتوثيق والاحتياط، وحفظ الحقوق من الضياع، والإنكار والجحود، عند المطالبة بها، وخوف الدائن على ماله عند عدم الائتمان

فكم من حقوق ضاعت، وخصومات وقعت، ونفوس أزهقت، ومحاكم أقيمت، وفروج استبيحت، والسبب عدم الكتابة والتوثيق<sup>(6)</sup>.

فإذا انعدمت الأمانة، والثقة بين الناس، كما كان في زمن السلف الصالح، كان عليهم واجب الكتابة والتوثيق، إلا في التجارة الحاضرة لرفع المشقة والحرص عن الناس<sup>(7)</sup>.

إن اختلاف العلماء، بين القول بالوجوب أو الندب والإرشاد فيه سعة للناس، فإذا كان قول الجمهور بالندب والإرشاد، هو القول الراجح فيما مضى، فإن القول بالوجوب، يترجح في هذا

(1) متفق عليه واللفظ للبخاري، رقم الحديث (2738)، ومسلم كتاب الوصية، ج3ص111، رقم الحديث(2862).

(2) ينظر: عبد القادر بوقزولة، توثيق الزواج بين الشريعة والقانون، توثيق عقد الزواج لمسلمي فرنسا بين الشريعة والقانون، بحث تكميلي لنيل شهادة الماجستير، المعهد الأوروبي للعلوم الإنسانية بباريس، الموقع:

<http://www.alukah.net> تاريخ الزيارة: 2013/11/14، ص62.

(3) ينظر: محمد جميل، التوثيق والإثبات بالكتابة في الفقه الإسلام والقانون الوضعي، ص81

(4) الآية282، من سورة البقرة.

(5) ينظر: الرازي فخر الدين، التفسير الكبير مفاتيح الغيب، ج7ص132

(6) ينظر: عبد القادر بوقزولة، توثيق الزواج بين الشريعة والقانون، ص64.

(7) ينظر: القرطبي، جامع الأحكام، ج3ص382.

العصر، وهو ما أخذت به القوانين المدنية، وقوانين الأحوال الشخصية في الدول الإسلامية والعربية، ومعظم الدول، في توثيق العقود بالكتابة، ومنها توثيق عقد الزواج<sup>(1)</sup>.

فالمصلحة تقتضى وجوب التوثيق بالكتابة، لحفظ الحقوق وسد أبواب المفساد، التي قد تنتج عن عدم الكتابة والتوثيق، وفي القوانين الفقهية: «وليس شرطاً، وإنما يكتب هو وسائر الوثائق توثيقاً للحقوق، ورفعاً للنزاع، وأوجب الظاهرية وجوب كتابة عقود الديون»<sup>(2)</sup>.

### **المطلب الثاني: أثر التنازع عند تغير دين أحد الزوجين**

إن الإسلام يحرم أن تتزوج المسلمة بكافر، لأسباب ذكرها الشرع، غير أنه قد يتغير دين أحد الزوجين، فما هو حكم بقاء أحدهما مع الآخر؟، وهوما سأذكره في الفروع الآتية.

### **الفرع الأول: حكم عقد الزواج عند إسلام أحد الزوجين**

من المؤكد حرمة زواج المسلمة برجل كتابي، أو لا ديني، وحرمة زواج المسلم بامرأة مشركة، إلا أن هذا الحكم يؤثر في ابتداء النكاح، أكثر منه في بقائه واستمراره، والقاعدة الفقهية تقول: «**يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء**»<sup>(3)</sup>، يحرم زواج المسلمة بغير المسلم ابتداءً، ويحرم أيضاً استمرارها معه في الزوجية، إن أسلمت هي ولم يسلم، إلا أن العلماء شددوا في الحالة الأولى أكثر من الحالة الثانية<sup>(4)</sup>.

ولا يعني مجرد إسلام المرأة، حصول الإسلام من الرجل فوراً، حتى تستمر معه في الزوجية، والكلام نفسه مع الرجل؛ لأن هذا الأمر متعذر وقوعه في الغالب، لذلك كان للعلماء أحكام مختلفة في هذه المسألة، حول مقدار المدة التي تمكث فيها الزوجة، بانتظار إسلام زوجها، أو انحلال عقد الزوجية بينهما، وهل تجوز المعاشرة الزوجية أم لا، بلا خلاف بين الفقهاء حتى يسلم أحدهما<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: عبد القادر بوقزولة، توثيق الزواج بين الشريعة والقانون، ص66.

(2) ينظر: ابن جزري، القوانين الفقهية، ص169.

(3) ينظر: السيوطي، الأشباه والنظائر، ج1 ص186.

(4) ينظر: أميرة مازن عبد الله أبو رعد، أثر اختلاف الدين في أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2007م، ص97.

(5) ينظر: ابن قدامة، المغني، ج7 ص116، 117.

كما أنه لا خلاف بين أهل العلم، في حال إسلام الزوجين معاً، فإنه يقر نكاحهما، ولا يوجد سبب لإيقاع الفرقة بينهما<sup>(1)</sup>.

تعددت آراء الفقهاء في حكم عقد الزواج عند إسلام أحد الزوجين إلى ما يلي:  
الرأي الأول: إذا أسلمت الزوجة وبقي الزوج على دينه، تنفسخ عقدة النكاح بينهما في الحال، وتحصل الفرقة، وكذا إن أسلم الزوج، تحرم عليه زوجته غير الكتابية، ولا تحل له إلا بعقد جديد وبرضاها، وهو رأي الظاهرية وأبي ثور، وقال به عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وجابر بن عبد الله وغيرهم، وهو أيضاً أحد قولي الحنابلة، ويستوي الحكم سواء حصل الإسلام قبل الدخول أم بعده، ولا فرق بين دار الحرب ودار الإسلام، ولا اعتبار للعدة عندهم، بمجرد إسلام أحد الزوجين تحصل الفرقة بينهما<sup>(2)</sup>.

الأدلة على هذا الرأي:

- 1- قوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾<sup>(3)</sup>، فقد نهى الله ﷻ عن زواج الشركات، والاستمرار معهن في العصمة الزوجية<sup>(4)</sup>.
- 2- إن اختلاف الدين، يمنع الإقرار على النكاح، بمجرد حصول الإسلام من أحدهما، وبقاء الآخر على دينه، يحصل اختلاف الدين المحرّم<sup>(5)</sup>.
- 3- إن امرأة نصرانية، كانت تحت نصراني فأسلمت، ففرّق عمر بن الخطاب رضي الله عنه بينهما<sup>(6)</sup>.
- 4- عن ابن عباس رضي الله عنه سئل في اليهودية أو النصرانية، تسلم تحت اليهودي أو النصراني قال: «**يفرق**

(1) ينظر: السرخسي، المبسوط، ج5 ص56، و ابن عبد البر، التمهيد، ج12 ص23، والشيرازي، المهذب، ج2 ص52. وابن قدامة، الكافي في فقه ابن حنبل، تحقيق: زهير شاويش، بيروت، المكتب الإسلامي، ط5، 1408هـ، ج3 ص74، وابن قدامة، المغني، ج7 ص116، 117، وابن حزم، المحلى، ج7 ص312.

(2) ينظر: ابن حزم، المحلى، ج7 ص312-314، وابن قدامة، الكافي، ج3 ص74، 75، والشوكاني، نيل الأوطار، ج6 ص304.

(3) الآية 10 من سورة الممتحنة.

(4) ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج18 ص66.

(5) ينظر: ابن قدامة، الكافي، ج3 ص74، 75.

(6) ينظر: ابن أبي شيبة عبد الله بن محمد، مصنف ابن أبي شيبة، تحقيق: محمد عوامة، دار القبلة، مؤسسة علوم القرآن، ط1، 1427هـ - 2006م، ج4 ص106.

بينهما، الإسلام يعلو ولا يعلى عليه»<sup>(1)</sup>.

5- عن الحكم بن عتيبة، أنه قال في المجوسيين يسلم أحدهما: «قد انقطع ما بينهما»<sup>(2)</sup>.  
**الرأي الثاني:** إذا أسلمت الزوجة، وبقي الزوج على دينه، تنتظر المرأة فترة العدة وهي ثلاثة قروء، فإن أسلم الزوج قبل انتهاء فترة العدة، بقيا على نكاحهما، ويرى المالكية والشافعية إن انقضت العدة من غير إسلام الزوج، انفسخ عقد النكاح، ووقعت الفرقة بينهما.  
 وفي قول آخر للحنابلة، وبه قال مجاهد وقتادة، وتحرم المعاشرة بين الزوجين، فلا يُمكن الرجل من المرأة، هذا بعد الدخول، أما قبل الدخول بمجرد إسلام أحد الزوجين، تحصل الفرقة وينفسخ عقد النكاح بينهما، ولا فرق في ذلك بين دار الحرب ودار الإسلام<sup>(3)</sup>.  
 واستدلوا بما يلي:

- 1- كان الناس على عهد رسول الله ﷺ: «**يسلم الرجل قبل المرأة**، والمرأة قبله، فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة المرأة فهي امرأته، وإن أسلم بعد العدة، فلا نكاح بينهما»<sup>(4)</sup>.
- 2- أنه كان بين إسلام صفوان بن أمية، وامرأته بنت الوليد بن المغيرة، نحو من شهر، أسلمت يوم الفتح، وبقي صفوان حتى شهد حنيناً والطائف وهو كافر، ثم أسلم فلم يفرّق النبي ﷺ بينهما، واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح<sup>(5)</sup>.
- 3- أن أبا سفيان بن حرب، وحكيم بن حزام، أسلما قبل نساءهما، ثم أسلم نساؤهم فأبقوا على نكاحهم<sup>(6)</sup>.

<sup>(1)</sup> ينظر: ابن أبي شيبة، المصنف، ج4ص106، وابن حزم، المحلى، ج7ص314، وفي لفظ آخر: «**لا يعلو النصراني المسلمة يفرّق بينهما**»، وقال عنه الألباني: صحيح موقوف، الألباني، إرواء الغليل، ج5 ص109.  
<sup>(2)</sup> ينظر: ابن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة، ج4ص114.  
<sup>(3)</sup> ينظر: ابن عبد البر، التمهيد، ج12ص23-29، والشافعي، الأم، ج5 ص45، وابن قدامة، المغني، ج7ص116 وما بعدها.

<sup>(4)</sup> ينظر: الألباني، محمد ناصر الدين، إرواء الغليل، ج6ص338،339، معضل منكر.  
<sup>(5)</sup> ينظر: البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، ط3، 1424هـ- 2003م، ج7ص186،187، قال عنه الألباني: حديث ضعيف، الألباني، إرواء الغليل، ج6ص337.

<sup>(6)</sup> ينظر: عبد الرزاق بن همام الصنعاني، مصنف عبد الرزاق، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي - جنوب أفريقيا، ط1، 1390هـ- 1970م، ج7ص172.



4- أن النبي ﷺ: «ردّ ابنته زينب على زوجها أبي العاص بمهر جديد ونكاح جديد»<sup>(1)</sup>، وهو دليل على أن الفرقة تقع بين الزوجين بانقضاء العدة.

وإن سافر الزوج، وأسلمت المرأة في غيبته تنتظر فترة العدة، فإذا انقضت عدتها وتزوجت، جاز لها الزواج بآخر، فإن تزوجت قبل أن يقدم زوجها، أو تزوجت وكان الزوج قد أسلم، ولكن لم يبلغها إسلامه، فلا سبيل له إليها، أما إن أدركها، ولم تنكح غيره فهو أحقُّ بها<sup>(2)</sup>.

**الرأي الثالث:** فرّق أصحاب هذا الرأي بين دار الإسلام، ودار الحرب، ففي دار الإسلام، إذا أسلم أحد الزوجين دون الآخر، فإنه يعرض الإسلام على غير المسلم منهما، فإن أسلم في فترة العدة فهي امرأته، وإن لم يسلم فرّق القاضي بينهما من وقت امتناعه، أما في دار الحرب فإنه لا يعرض الإسلام على أيٍّ منهما لتعذر ذلك<sup>(3)</sup>.

ولأنّ فيه نوع من الإكراه، بل تنتظر الزوجة فترة العدة، فإذا أسلم غير المسلم منهما، قبل انقضاء العدة فهما على نكاحهما، وإلا وقعت الفرقة، وإذا خرج المسلم منهما من دار الحرب مهاجرًا إلى دار الإسلام وقعت الفرقة بينهما.

وجاز للمرأة أن تتزوج دون انتظار عدة، إلا أن تكون حاملا، فإنها تنتظر حتى تضع حملها، هذا عند أبي حنيفة، أما عند أبي يوسف ومحمد يقولان، بالعدة إذا هاجرت من دار الحرب إلى دار الإسلام، وكل ذلك سواء دخل بها أو لم يدخل بها<sup>(4)</sup>.

ويعلل الحنفية قولهم بعرض الإسلام، أنّ مقاصد النكاح قد فاتت، ولا يجوز تمكين الكافر من مسلمة، أو تمكين المسلم من المشركة، ولا بدّ للحكم بالفرقة أن يكون لها سبب، ولا يجوز أن يكون سبب الفرقة الإسلام؛ لأنّ هو عاصم للأملاك، فلا يجوز أن يكون مبطلا للنكاح، بعد عرض الإسلام وإبائه، يكون الإباء سبب الفرقة؛ لأنه معصية<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: ابن حنبل، أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني، مسند الإمام أحمد، ج2 ص207، قال شعيب الأرنؤوط: إسناده ضعيف.

(2) ينظر: ابن عبد البر، التمهيد، ج12 ص25.

(3) ينظر: أميرة مازن عبد الله أبو رعد، أثر اختلاف الدين في أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، ص100، 101.

(4) ينظر: المرغيناني، بداية المبتدي، ج1 ص66.

(5) ينظر: المرغيناني، علي بن أبي بكر، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ج1 ص220.

واستدلوا على ذلك بالأدلة الآتية:

قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ

أُجُورَهُنَّ<sup>(1)</sup>، إِنَّ اللَّهَ سَبْحَانَهُ وَتَعَالَى، أباح نكاح المهاجرة مطلقاً، ولم يذكر العدة<sup>(2)</sup>.

2- قول تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ<sup>(3)</sup>﴾، وفي إيجاب العدة في حالة

إسلام الرجل، دون امرأته، تمسك بعصمة الكافرة<sup>(4)</sup>.

إجماع الصحابة رضي الله عنهم، فقد روي **أن رجلاً من بني تغلب، أسلمت امرأته فعرض عمر رضي الله عنه عليه**

الإسلام فامتنع، ففرّق بينهما، وكان ذلك بمحضر من الصحابة فكان إجماعاً<sup>(5)</sup>.

**الرأي الرابع:** إذا أسلم أحد الزوجين دون الآخر، وحصل دخول، تنتظر المرأة فترة العدة، فإن أسلم

فهما على نكاحهما، وإن لم يسلم فلا يفسخ النكاح، والعقد باقٍ لكنه موقوف، وتبقى المعاشرة

الزوجية محرّمة، ولا فرق بين دار الحرب ودار الإسلام، ولها بعد انقضاء العدة أن تتزوج غيره، أو

تنتظر إسلامه مهما طالّت المدة<sup>(6)</sup>.

وقد علّق الشوكاني، على كلام ابن القيم فقال: « هذا كلام في غاية الحسن والامتانة »<sup>(7)</sup>.

وقد استند هذا الفريق على الأدلة الآتية:

**الدليل الأول:** إن رسول الله صلى الله عليه وسلم: « **ردّ ابنته زينب على أبي العاص بن الربيع** بالنكاح الأول، ولم

يحدث شيئاً »، وفي رواية بعد ست سنين، وفي لفظ بعد سنتين<sup>(8)</sup>.

(1) الآية 10 من سورة الممتحنة.

(2) ينظر: السرخسي، المبسوط، ج5 ص57.

(3) الآية 10 من سورة الممتحنة.

(4) ينظر: السرخسي، المبسوط، ج5 ص57.

(5) ينظر: الخرساني، سعيد بن منصور، سنن سعيد بن منصور، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، دار الكتب العلمية،

بيروت، لبنان، ج2 ص45، 46.

(6) ينظر: ابن القيم، أحكام أهل الذمة، ج2 ص694.

(7) ينظر: الشوكاني، نيل الأوطار، ج6 ص307.

(8) ينظر: الترمذي، سنن الترمذي، تحقيق: صدقي جميل العطار، دار الفكر، 1426 هـ - 2005 م، ج3 ص448، و أبو

داود، سليمان بن الأشعث الأزدي، سنن أبي داود، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، دار الرسالة العالمية، 1430 هـ -

2009 م، ج2 ص272، وقال عنه الألباني حديث صحيح، الألباني، إرواء الغليل، ج6 ص339.

**الدليل الثاني:** عن ابن عباس رضي الله عنهما ما قال: « **أسلمت امرأة على عهد رسول الله ﷺ**، فتزوجت فجاء زوجها إلى النبي ﷺ فقال: إني كنت أسلمت فعلمت بإسلامي، فانتزعها رسول الله ﷺ من زوجها الآخر، وردها إلى زوجها الأول»<sup>(1)</sup>.

**الدليل الثالث:** عن ابن عباس رضي الله عنهما ما قال: « **كان المشركون على منزلتين من النبي ﷺ**، والمؤمنين كانوا مشركي أهل حرب يقاتلهم ويقاتلونهم، ومشركي أهل عهد لا يقاتلهم ولا يقاتلونهم، كان إذا هاجرت امرأة من أهل الحرب، لم تخطب حتى تحيض وتطهر، فإذا طهرت حلّ لها النكاح، فإن هاجر زوجها قبل أن تنكح ردّت إليه»<sup>(2)</sup>.

قال ابن القيم: « وذلك يعني أن النكاح الأول، يكون موقوفاً، فلا تحل المعاشرة الزوجية بين الزوجين، فإذا تزوجت من آخر انفسخ العقد الأول، وإذا أسلم زوجها قبل أن تتزوج بآخر، فإنها ترد إليه»<sup>(3)</sup>.

**الدليل الرابع:** ورد في السيرة، « **أن نساء كنّ يسلمن قبل أزواجهنّ، ثم يسلم الأزواج، فأقرهنّ الرسول ﷺ على أنكحتهم، ولم يرو أنه أمرهم بتجديدها، ولم يكن يسأل عن انقضاء العدة أو عدم انقضائها»**<sup>(4)</sup>، « فالقول بتعجيل الفرقة أو انتظار العدة خلاف المعلوم بالتواتر من سنة رسول الله ﷺ»<sup>(5)</sup>.

**الدليل الخامس:** ما روي « **أن امرأة أسلمت ولم يسلم زوجها، فكتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه خيرّوها، إن شاءت فارقته، وإن شاءت قرّت عنده»**<sup>(6)</sup>، قال ابن القيم: «وليس معناه أنها تقيم تحته وهو نصراني، بل تنتظر وتتربص، فمتى أسلم فهي امرأته ولو مكثت سنين، وهو أصح المذاهب»<sup>(7)</sup>.

<sup>(1)</sup> قال عنه الألباني: ضعيف، ينظر: ابن ماجه، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، ج1 ص647، الأحاديث مذيلة بأحكام الألباني عليها.

<sup>(2)</sup> البخاري، صحيح البخاري، ج5 ص2024.

<sup>(3)</sup> ينظر: ابن القيم، محمد بن أبي بكر، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة ومكتبة المنار الإسلامية، بيروت، الكويت، ط 14، 1407هـ - 1986م، ج5 ص122 وما بعدها.

<sup>(4)</sup> ينظر: البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، ج7 ص186.

<sup>(5)</sup> ينظر: ابن تيمية، فتاوى ابن تيمية، ج32 ص338.

<sup>(6)</sup> ينظر: عبد الرزاق، مصنف عبد الرزاق، ج7 ص174-175.

<sup>(7)</sup> ينظر: ابن القيم، أحكام أهل الذمة، ج2 ص646.

**الدليل السادس:** ثم إنّ القول بتعجيل الفرقة، بمجرد الإسلام يعني أنه لا عدة، وقياس ذلك على الرجعة<sup>(1)</sup> باطل، والقرآن لم يوجب العدة ثلاثة قروء، إلا على المطلقات، فليس للعدة أثر في بقاء النكاح، ولكن أثرها في منع النكاح من آخر حفظاً لماء الزوج، ولو كان الإسلام قد فرّق بينهما فراقاً بائنًا، لما كان الزوج أحق بها في العدة، من غيره إذا أسلم كما يرى جمهور الفقهاء<sup>(2)</sup>.  
وقد ردّ ابن القيم على خصومه ردودًا كثيرة ومن ذلك:

**أولاً:** القول بتعجيل الفرقة فوراً، لم يقل به أحد من الصحابة رضي الله عنهم، وأما ما نسبته ابن حزم إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وجابر وابن عباس رضي الله عنهم، فهو بحسب ما فهمه، فحديث عمر رضي الله عنه أنه فرّق بين امرأة أسلمت وكانت تحت نصراني؛ لعلّه بسبب أنّ الرجل لم يدخل بالمرأة، أو أنّ التفريق كان بعد انقضاء العدة، أو أنّ المرأة هي التي اختارت فسخ النكاح، وعدم انتظار إسلام الزوج<sup>(3)</sup>.  
ثم إن ما روي عن عمر رضي الله عنه في تخييره للمرأة بين البقاء أو الفراق، لا يعني التعارض فيما قاله عمر رضي الله عنه، فإنه يجوز للإمام أن يعجل الفرقة، ويجوز له أيضاً أن يعرض الإسلام على غير المسلم منهما، ويجوز أن يسمح للمرأة بالانتظار، حتى بعد انقضاء العدة مهما طالّت المدة فكل ذلك جائز<sup>(4)</sup>.

وقد أسلم أبو سفيان بن الحارث رضي الله عنه قبل امرأته، وكان ذلك قبل فتح مكة، ثم أسلمت امرأته بعد ذلك فبقيا على نكاحهما<sup>(5)</sup>.

وإن قيل أن حديث زينب وإن كان صحيحاً، ولكنه لا يحتج به؛ لأنّ إسلام أبي العاص كان قبل الحديبية، وقبل أن تنزل الآيات بتحريم المسلمة على المشرك، الرد على هذا الكلام أن الآية نزلت قبل فتح مكة بعد الحديبية، وأن النبي صلى الله عليه وسلم عندما ردّ كثيراً من النساء إلى أزواجهنّ بالنكاح الأول، كان ذلك بعد فتح مكة، فنخلص إلى أنّ خبر زينب صحيح ويحتج به<sup>(6)</sup>.

(1) الرجعة يقصد بها الطلاق الرجعي: «وهو الذي يملك الزوج بعده إعادة المطلقة إلى الزوجية، من غير حاجة إلى عقد جديد ما دامت في العدة». ينظر: الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7 ص432.

(2) ينظر: ابن القيم، زاد المعاد، ج5 ص122 وما بعدها.

(3) ينظر: ابن القيم، أحكام أهل الذمة، ج2 ص648-650.

(4) ينظر: ابن القيم، أحكام أهل الذمة، ج2 ص648-650.

(5) ينظر: ابن القيم، أحكام أهل الذمة، ج2 ص653، 654.

(6) ينظر: ابن القيم، أحكام أهل الذمة، ج2 ص664.

**ثانيًا:** إنّ اعتبار العدة، لم يحفظ عند أحد من الصحابة رضي الله عنهم، ولا دليل عليها، لا من كتاب الله، ولا من سنة رسوله صلى الله عليه وسلم، ولا إجماع، لكنّ هذه الرواية ليس فيها ذكر للعدة<sup>(1)</sup>.

**ثالثًا:** أنّ النبي صلى الله عليه وسلم: «ردّ ابنته زينب على أبي العاص بن الربيع بمهر جديد ونكاح جديد»<sup>(2)</sup>، دون اعتبار للعدة.

### الفرع الثاني: آراء الفقهاء المعاصرين في حكم عقد الزواج عند إسلام أحد الزوجين

هذه جملة آراء الفقهاء القدامى، في حكم عقد الزواج عند إسلام أحد الزوجين دون الآخر، ومن المعاصرين الذين أيدوا رأي ابن القيم وابن تيمية، مصطفى الزرقا، ومحمد العمراني، و فيصل مولوي<sup>(3)</sup>، يقول مصطفى الزرقا: «فالتريث فيمن أسلمت وأبى زوجها الإسلام، بأمل أن ينشرح صدره فيما بعد، يمكن أن يكون له وجه بصورة مؤقتة تحت هذا الأمل، ولكنّ المعاشرة الزوجية على كل حال غير جائزة»<sup>(4)</sup>.

ومن المعاصرين من يرى: « بأنّ الأخذ برأي ابن القيم يرفع الضائقة والخرج عن نساء المسلمين، خاصة في الغرب فتبقى مع زوجها مع حرمة المعاشرة الزوجية»، ويضيف: « بأنه حتى القول الضعيف يجوز العمل به، إذا كان فيه رفع الضيق عن الأمة، ويمكن للمسلمين في الديار غير الإسلامية، أن يأخذوا بما فيه يسر، على أن لا يعتدوا حدود التشريع الإسلامي»<sup>(5)</sup>.

وهناك من له رأي في نفس الموضوع، ولكن من زاوية أخرى، بعد أن مال إلى رأي ابن القيم يقول: « نحن لا ننصح الزوجة المسلمة، بالزواج بآخر، مع أن ذلك جائز شرعًا لما يترتب عليه من إشكالات في بلاد الغرب، من تسجيل الأولاد باسم الزوج الأول، أو اعتبارهم أولاد غير شرعيين أو معاقبة المرأة بتهمة تعدد الأزواج»<sup>(6)</sup>.

ومن جملة ما قرره المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث ما يلي:

1- إذا أسلم الزوجان معًا، ولم تكن الزوجة ممّن يحرم عليه الزواج بها ابتداءً، كالمحرّمة عليه حرمة مؤبّدة، بنسب أو رضاع فهما على نكاحهما.

(1) ينظر: ابن القيم، أحكام أهل الذمة، ج2 ص682.

(2) سبق تخريجه ص 297.

(3) ينظر: أميرة مازن عبد الله أبو رعد، أثر اختلاف الدين في أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، ص105، 106.

(4) ينظر: الزرقا، مصطفى، فتاوى مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق، ط1، 1420هـ-1999م، ص270، 271.

(5) ينظر: العمراني، فقه الأسرة المسلمة في المهاجر، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 2000، ج2 ص62، 63.

(6) موقع الشيخ فيصل مولوي، مولوي.نت، إسلام المرأة وبقاء زوجها على دينه، [www.mawlawi.net](http://www.mawlawi.net). تاريخ زيارة

الموقع: (2011/3/5م).

2- إذا أسلم الزوج وحده، ولم يكن بينهما سبب من أسباب التحريم، وكانت الزوجة من أهل الكتاب، فهما على نكاحهما.

3- إذا أسلمت الزوجة، وبقي الزوج على دينه، فيرى المجلس ما يلي:

أ- إن كان إسلامهما قبل الدخول بها، فتجب الفرقة حالا.

ب- إن كان إسلامهما بعد الدخول، وأسلم الزوج قبل انقضاء عدتها، فهما على نكاحهما.

ج- إن كان إسلامها بعد الدخول، وانقضت العدة فلها أن تنتظر إسلامه، ولو طالّت المدة، فإن أسلم فهما على نكاحهما الأول، دون حاجة إلى تجديد له.

د- إذا اختارت الزوجة نكاح غير زوجها، بعد انقضاء العدة، فيلزمها طلب فسخ النكاح عن طريق القضاء.

4- لا يجوز للزوجة عند المذاهب الأربعة، بعد انقضاء عدتها البقاء عند زوجها، أو تمكينه من نفسها<sup>(1)</sup>.

وصدر مثل هذا القرار عن البيان الختامي للمؤتمر الثاني، لمجمع فقهاء الشريعة بأمريكا، حيث جاء فيه:

حرمة المعاشرة الزوجية بين الزوجين - في حال إسلام المرأة وبقاء زوجها على دينه - على الفور، وأنّ العصمة الزوجية تبقى موقوفة حتى انقضاء العدة، فإن أسلم الزوج قبل انقضائها فهما على نكاحهما، وإن انقضت العدة، ولم يسلم الزوج فالزوجة مخيرة بين أن تفسخ النكاح، ويكون ذلك عن طريق القضاء أو أن تنتظر عودة زوجها إلى الإسلام ليستأنفا نكاحهما<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث: الرأي الراجح

بناءً على ما سبق، يتبين أن رأي ابن القيم، هو الأقرب إلى الصواب للأسباب السابقة، ولفساد الأخلاق والذمم في هذا الزمان؛ ولأنه إذا علم الزوج أو الزوجة، أنه بإسلام أحدهما سوف يحصل الفراق بينهما، ففي ذلك تنفير عن الإسلام، وبالعكس فإنّ اعتبار العقد موقوف مع حرمة

(1) القرار 8/3، قرارات وتوصيات المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، إسلام زوجة غير المسلم، 5/1422هـ، 2001/7/25م www.e-cfr.org. تاريخ الزيارة: 2013/2/10م.

(2) البيان الختامي للمؤتمر الثاني لمجمع فقهاء الشريعة بأمريكا، إسلام أون لاين.نت، وثائق وبيانات، الموضوع الثالث: نوازل الأسرة خارج ديار الإسلام، المحور الثالث: إسلام المرأة وبقاء زوجها على غير الإسلام، 2004/7/18م www.islamonline.net. تاريخ زيارة الموقع: 2013/2/10م.

المعاشرة الزوجية، فيه ترغيب في الإسلام، وتشجيع الناس على الدخول فيه، كما أنّ عدم حلّ المعاشرة فيه مصلحة راجعة للطرفين في الدين والدنيا<sup>(1)</sup>.

و أنّ انتظار المرأة زوجها - إن اختارت ذلك وفاءً له وطمعاً في إسلامه - له أكبر الأثر في التأثير على الزوج، وحصّنه على الدخول في الإسلام، كما أنّه يعطي انطباعاً عن الدين الإسلامي أنه دين التسامح، ودين الإنسانية كما قال ابن القيم<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثالث: النزاع بين القوانين على الحضانة

تعتبر الحضانة<sup>(3)</sup>، وزيارة الأطفال على المستوى الدولي من المجالات التي تعمد فيها السلطات إلى ممارسة كافة أشكال التعسف، وخرق الحقوق والتضييق عليها؛ لخدمة مصلحة أبنائها في مواجهة الطرف الأجنبي، وقد يترجم هذا الخرق بنقل الطفل أو الأطفال، من طرف أحد الأبوين إلى الخارج، بل الوقوف نهائياً في بعض الأحيان أمام حق الطرف الآخر، والتعرض لحقه في زيارة أبنائه.

وللتغلب على هذه الخروق، والمشاكل كان لزاماً إبرام اتفاقيات ثنائية دولية، لوضع قواعد بين الدول لحماية حق الحضانة وحق الزيارة<sup>(4)</sup>.

(1) ينظر: أميرة مازن عبد الله أبو رعد، أثر اختلاف الدين في أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، ص 107.

(2) ينظر: ابن القيم، أحكام أهل الذمة، ج 2 ص 695.

(3) ينظر: تعريف الحضانة لغة: الحِصْن: ما دونَ الإِبْطِ إلى الكَشْحِ، كما تَحْتَضِنُ المرأة ولدها فتحمله في أحد شِقَيْهَا. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج 13 ص 122 بتصرف واختصار.

الحضانة اصطلاحاً: «الحضانة هي حفظ الولد، والقيام بمصالحه» أي من طعامه ولباسه وتنظيف جسمه... ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 2 ص 526 بتصرف واختصار.

أو هي: «حفظ من لا يستقل بنفسه، وتربيته حتى يستقل بنفسه». ينظر: المردي، الإنصاف، ج 9 ص 416.

(4) ظهير شريف رقم 1.83.197 صادر في 11 من ربيع الأول 1407 هـ (14 نوفمبر 1986م) بنشر الاتفاقية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة وبالتعاون القضائي بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية الموقعة بالرباط في 10 أغسطس 1981م، الجريدة الرسمية، عدد 3910 الصادرة بتاريخ 7 أكتوبر 1987م، ص 931.

### الفرع الأول: الحضانة في القانون الأسرة الجزائري

خلافا لبعض القوانين العربية<sup>(1)</sup>، عرف المشرع الجزائري الحضانة في قانون الأسرة، انطلاقا من أهدافها، في نص المادة (62): « الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك ». وعليه فإن التعريف الوارد في المادة (62) يعتبر أحسن تعريف على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها، وذلك لشموليته على أفكار، لم يشملها غيره من القوانين العربية، حيث أنه تعريف جمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية، والصحية والخلقية والتربوية والمادية<sup>(2)</sup>.

من خلال التعريف المعطى في المادة (62) من قانون الأسرة للحضانة، يمكن استخراج أهدافها، والتي تتمثل في تعليم الولد، والمقصود بذلك أن ينال قدرا من التعليم، حسب استطاعته وإمكانيته الذهنية، وقدرته العقلية واستعداده الفطري والنفسي، مادام التعليم مجانا. أما المقصود بتربية الولد على دين أبيه، هو أن يربي الولد على مبادئ وقيم الدين الإسلامي، ولما كان زواج المسلم بغير المسلمة جائز، فإن القاضي يمنح الحق الحضانة للأُم غير المسلمة، ولا ينكره عليها أبدا فهي كالمسلمة في هذا الحق<sup>(3)</sup>. ونجد كذلك أنه من واجبات الحاضنة، السهر على حماية المحضون، فلا بد أن تتخذ هذه الحماية كل أشكالها، وكذا حفظ الطفل من الناحية الخلقية، أي تهذيبه وإعداده لأن يكون فردا صالحا.

<sup>(1)</sup> بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية المادة (97) من المدونة المغربية : « الحضانة هي حفظ الولد مما يضره قدر المستطاع، و القيام بتربيته و مصالحه ».

-أما بالنسبة لقانون التونسي عرفتها مجلة الأحوال الشخصية عرفتها المادة (54) بأنها حفظ الولد في بيته و القيام بتربيته في معنى النص.

<sup>(2)</sup> ينظر: عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، ط3، ص 293.

<sup>(3)</sup> المشهور من مذهب الإمام مالك لا يشترط في حضانة الأم أن تكون مسلمة، ينظر: محمد عيش، شرح منح الجليل، دار الفكر، بيروت، 1409هـ - 1989م، ج4 ص426، وهو ما قضت به المحكمة العليا، ملف رقم 11029، قرار بتاريخ 1974/05/29م.



## الفرع الثاني: الحضانة في القانون الدولي

الحضانة تكيف في بعض القوانين، على أنها من آثار الزواج، و تخضع لقانون الدولة التي ينتمي لها الزوج أثناء عقد الزواج، بينما تكيفها قوانين أخرى على أنها من آثار الطلاق، و تخضعها لقانون الدولة التي ينتمي لها الزوج أثناء رفع دعوى الطلاق، في حين تكيفها قوانين أخرى، على أنها من الولاية على النفس، و تخضعها لقانون من تجب حمايته أي قانون جنسية المحضون<sup>(1)</sup>. وعليه يمكننا القول من خلال ماسبق، أن تحديد القانون الذي يحكم النزاع، يختلف باختلاف القانون الذي يحكم التكيف، فإن من الضروري، تحديد القانون الذي يتم وفقه التكيف، لنصل إلى تكيفات متطابقة.

لكن اختلفت الآراء الفقهية في هذا الصدد، و اختلفت تبعاً لمواقف التشريعات الوضعية<sup>(2)</sup>، سنعرض أهم هذه الآراء فيما يلي.

### أولاً: اختلاف التشريعات في فكرة الحضانة

عند اطلعنا على بعض القوانين العربية، نجد أن التشريع المصري والمتمثل بقانون الأحوال الشخصية رقم (44) لسنة 1979م، المعدل لم يرد فيه تعريف للحضانة، تاركاً للقضاء معالجة ما يثار

أمامه من نزاعات، مسترشداً في تعريفها من المصادر الفقهية<sup>(3)</sup>.

وبخصوص القانون الكويتي، فقد جاء بالمذكرة الإيضاحية بشأن المادة (189)، من قانون الأحوال الشخصية الكويتي (51) لسنة 1984م، النافذ مايلي: « يراد بحضانة الصغير تربيته ورعايته والتعهد بتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيمه وجميع شؤونه التي بها صلاح أمره ممن له حق تربيته شرعاً»<sup>(4)</sup>.

وقد عرف الحضانة، قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (28) لسنة 2005م النافذ، في المادة (143) منه والتي تنص على أنها: « حفظ الولد وتربيته ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي

<sup>(1)</sup> ينظر: غالب علي الداودي و حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص 70.

<sup>(2)</sup> ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ص 78.

<sup>(3)</sup> ينظر: عبد الفتاح إبراهيم البهنسي، الأحوال الشخصية في تشريعاتها المتعددة، دار الإشعاع القاهرة، ج2 ص 62.

<sup>(4)</sup> ينظر: محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2010م، ص 31.

على الولاية على النفس»<sup>(1)</sup>، ويتطابق هذا التعريف مع تعريف المادة (132) من مشروع القانون العربي الموحد<sup>(2)</sup>.

أما قانون الأحوال الشخصية العراقي لم يعرف الحضانة، وإنما جاء في مقدمة التعديل الثاني لهذا القانون بأنه « يُقصد بإصلاح الحضانة في قانون الأحوال الشخصية، تربية الطفل وتدير شؤونه من قبل مَنْ له حق في ذلك قانوناً، والمحافظة على من لا يستطيع تدير أموره بنفسه، وتربيته بما يصلحه يقيه مما يضره»<sup>(3)</sup>، ولم يتعد الفقه العراقي<sup>(4)</sup>، والقضاء العراقي<sup>(5)</sup>، عن هذه التعريف.

### ثانياً: تأثير الاختلاف بين التشريعات في تنازع القوانين

لما كانت الحضانة تجمع بين ثلاثة حقوق: ( حق الصغير، حق الأم، حق الأب ) لذا نجد أن الفقه والقانون، قد اختلف على من الذي يملك الحق فيها، وللتعرف على ذلك سنقسم هذا العنصر إلى ثلاثة نقاط، سنخصص الأولى إلى تأثير الاختلاف الفقهي في التشريعات، أما الثانية فسنبحث موقف التشريعات، وسنتعرف في الثالثة على موقف بعض الاتفاقيات الدولية.

### 1- تأثير الاختلاف الفقهي في التشريعات

سوف نتطرق إلى الفقه الإسلامي والديانة المسيحية كالآتي:

#### أ- الفقه الإسلامي

أجمع الفقهاء المسلمون، أن في الحضانة حقوق ثلاثة، حق الصغير، حق الأم، حق الأب، وأن التوفيق بين هذه الحقوق واجب إذا أمكن، أما إذا تعذر ذلك، فيذهب البعض من الفقه إلى القول بأن الحضانة حق للصغير على أمه، وليس حقاً للأم فيه، ويترتب على ذلك، أن الأم تجبر على حضنته، ولا خيار لها في التنازل أو الامتناع عن ذلك<sup>(6)</sup>.

(1) ينظر: ضاري خليل محمود، مبدأ مصالح الطفل الفضلى، بحث منشور في مجلة العدالة تصدر عن وزارة العدل العراقية، العدد الأول، 2002م، ص280.

(2) مواد هذا المشروع منشوره في المجلة العربية للفقه والقضاء، تصدر عن الأمانة العامة لمجلس وزارة العدل العرب، العدد الثاني، السنة الثانية، تشرين الأول، 1985م، ص28.

(3) ينظر: مقدمة التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1958م، ص17.

(4) ينظر: أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية، بغداد، 1990م، ج1ص213.

(5) الذي ينص على أنه: «إذا وجد أن الصغيرة بحاجه ماسه إلى من يرعاها من النساء، فإنه لا يوجد هناك ما يبرر أخذها من أمها طالما قد ثبت إسلامها وأنها قائمة برعاية ابنتها ومعالجتها وإدخالها المدارس التي ارتضاها لها والدها في حياتها». القرار رقم 283/ شخصية /1977م في 19/2/1977م، منشور في مجلة القضاء تصدر عن نقابة المحامين العراقيين، العددان الثالث والرابع، السنة الثانية والثلاثون، 1977م، ص292.

(6) ينظر: شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مطبعة البايب الحلبي، القاهرة، 1938م، ج7ص274.

بينما ذهب فريق آخر من الفقه<sup>(1)</sup>، إلى أن الحضانة حق للأم ويترتب على هذا، إنها لا تجبر على حضانة الصغير، ولها أن تمتنع عن ذلك بالتنازل عن حقها، ويرى فريق آخر، إلى أنها حقاً للأم والصغير، فإن وجد من يقوم بها لا تجبر الأم، وإن تعين فليس لها حق الامتناع، وحق الصغير فيها أقوى<sup>(2)</sup>.

### ب: الديانة المسيحية

لم يختلف المسيحيون بأن الأم صاحبة الحق في الحضانة، ولكن يقيد حقها إذا كانت المتسببة في الطلاق، إذ أنه بموجب المادة (37) من الأحكام والقواعد عند طائفة السريان الأرثوذكس، أن الأم هي الحاضنة إلا إذا كانت متعدية وطلقت<sup>(3)</sup>.

أما عند الأقباط الأرثوذكس، فهي حقاً للأم وللصغير معاً، بموجب المادة (134) من القواعد المعمول بها عندهم<sup>(4)</sup>، أما الكاثوليك فيشترط عندهم أن تكون الأم كاثوليكية، وإلا سقطت عنها الحضانة، حتى لو لم تكن متعدية، حسب نص المادة (121) من الإرادة الرسولية<sup>(5)</sup>. وقد دأب القضاء في الدول العربية، على تطبيق نصوص قانون الأحوال الشخصية، ومبادئ الشريعة الإسلامية، فيما يتعلق بمواد الأحوال الشخصية، التي لا تمس العقيدة الدينية، لأبناء الطوائف الدينية غير الإسلامية، المعترف بها رسمياً، كما هو الحال في أمور النفقة والحضانة<sup>(6)</sup>.

### 2- موقف بعض التشريعات العربية

تخلو نصوص قانون الأحوال الشخصية، المصري والأردني والإمارتي، من إشارة إلى كون الحضانة حقاً خالصاً للأم أو الصغير، إلا أن القضاء هناك ساير الاتجاهات الفقهية، التي اعتبرها حقاً

(1) ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2 ص526.

(2) ينظر: محمد جواد مغنیه، فقه الإمام الصادق، دار العلم للملايين، بيروت، ط2، 1978م، ج5 ص382.

(3) نشرت الأحكام والقواعد الفقهية لطائفة السريان الأرثوذكس في جريدة الوقائع العراقية، العدد 2855 بتاريخ 1950/7/06م، واحتوت على (48) مادة. وزارة العدل العراقية، الموقع الإلكتروني: [www.moj.gov.iq/facts](http://www.moj.gov.iq/facts)، تاريخ الزيارة، (2014/11/22م).

(4) ينظر: سمير عبد السيد تناغو، أحكام الأسرة للمصريين غير المسلمين، منشأة المعارف الإسكندرية، 1968م، ص356.

(5) ينظر: فؤاد شباط، تنظيم الأحوال الشخصية لغير المسلمين، معهد الدراسات العربية العالي مصر، 1966م، ص138.

(6) ينظر: بشار أحمد الجبوري، الوجيز في شرح مواد الأحوال الشخصية لغير المسلمين في القانون العراقي، مكتبة الجيل العربي، الموصل، ط1، 2009م، ص74.

مشتركا، مع تفضيل مصلحة الصغير في حاله تعارض المصالح<sup>(1)</sup>.

ونص قانون الأحوال الشخصية الكويتي النافذ، على أن حق الحضانة لا يسقط بالإسقاط، وإنما يتمتع بموانعه، ويعود بزوالها، بموجب المادة (193) منه، في حين أن قانون الأحوال الشخصية اليمني، نص في المادة (120) منه، على أن الحضانة حق للصغير، فلا يجوز النزول عنها، وذهب القانون التونسي، موقفاً مغايراً، إذ أنه بموجب المادة (55) منه، «إذا امتنعت الحاضنة عن الحضانة لا تجبر عليها»، أما مشروع القانون العربي الموحد، اعتبر الحضانة واجباً على الأبوين ما دامت الزوجية قائمة، أما بعد الفرقة، فإن كان الصغير رضيعاً، فإلام ملزمة بالحضانة وليس لها تركها<sup>(2)</sup>.

أما التشريع العراقي، فتقضي الفقرة الأولى من المادة (57)، من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ، على أن «الأم أحق بحضانة الولد، وتربيته حال قيام الزوجية، وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك».

ومن منطوق هذه المادة نستنتج: إن الحضانة حق للصغير والأم معاً، إلا أنها تجبر على الحضانة إن لم يوجد غيرها، حتى لو اسقط حقها فيها، وأن حق المحضون أقوى من حق الوالدين.

### 3- موقف بعض التشريعات الأوروبية

إن الديانة المسيحية، تنظر إلى الحضانة على أنها حق للأم، مادام الطلاق صدر لصالحها، وإلا انتقل الحق إلى الأب، وعلى هذا النهج سارت معظم القوانين الأوروبية، كالقانون الفرنسي<sup>(3)</sup>. أما القانون الانكليزي، فقد كان ينظر إلى الأمر، على أن هناك سلطة يتمتع بها الأب على أولاده القصر، دون أن يكون هناك حديث، عن واجبات الوالدين تجاه الأولاد، إلى أن صدر قانون الطفل في سنة 1989م، والذي بين هذه الواجبات<sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> ينظر: في اجتهاد القضاء الأردني القرار رقم 18012 بتاريخ 14/4/1974م، والذي ينص على أن: «التوفيق في الحقوق الثلاثة واجب إذا أمكن، وإذا تعذر فتقدم مصلحة الصغير لان مدار الحضانة على نفع الولد، فمتى تحقق مصلحته في شيء وجب المصير إليه، دون الالتفات إلى حق الأب والأم، لان مصلحته أقوى من مصلحتها، وعلى القاضي التحري عن الجهة التي تتحقق فيها مصلحة الصغير». ينظر: أحمد محمد علي داود، القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011م، ص41.

<sup>(2)</sup> المادة (137) من مشروع القانون العربي الموحد. اعتمده مجلس وزراء العدل العرب في دورته السادسة بالقرار رقم 501 -د- 6-1408/08/17هـ-1988/4/04م.

<sup>(3)</sup> ينظر: محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، ص49.

<sup>(4)</sup> ينظر: اشرف وفا محمد، حماية غير ذوي الأهلية على الصعيد الدولي، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد الثامن والخمسون، 2002م، ص302.

وتميل المحاكم الانكليزية بصورة عامة، إلى إعطاء حق الرعاية إلى الأم، عندما يكون الطفل رضيعاً، أما في غير مدة الرضاعة فستنتقل الحضانة إلى الأب، إذا كانت الأم متسببة في الطلاق<sup>(1)</sup>.

#### 4- موقف بعض الاتفاقيات الدولية

سأخص بالذكر اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989م، واتفاقية لاهاي لعام 1996م.

أولاً: اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989م<sup>(2)</sup>.

نصت الفقرة الأولى، من المادة الثالثة، من هذه الاتفاقية على أنه: « في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال، سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة، أو الخاصة أو المحاكم أو السلطات الإدارية، أو الهيئات التشريعية يولى الاعتبار الأول، لمصالح الطفل الفضلى ». ثانياً: اتفاقية لاهاي لعام 1996م، المتعلقة بالاختصاص والقانون المطبق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مادة المسؤولية الأبوية، والإجراءات الحماية للأطفال<sup>(3)</sup>.

تختص هذه الاتفاقية التي تم إقرارها في 19/11/1996م، بنطاق واسع من قضايا الحماية الدولية للطفل، حيث جاء في الفقرة (ب) من هذه المادة، حق الحضانة الذي يشمل حق العناية بشخص الطفل، وخاصة فيما يتعلق بتحديد مكان إقامته، وحق الزيارة الذي يشمل نقله خلال فتره معينة، إلى مكان غير مكان إقامته الاعتيادية، وبذلك تعكس هذه الاتفاقية مبدأ «مصلحة الطفل الفضلى» الذي نصت عليه اتفاقية حقوق الطفل، في مادتها الثالثة سالفه الذكر<sup>(4)</sup>.

وفي ما سبق عرضه، من موقف الفقه والقانون والاتفاقيات الدولية، نستنتج ما يلي: بخصوص موقف الفقه الإسلامي، والقوانين العربية، بخصوص من له الحق بالحضانة، هناك ثلاثة آراء:

<sup>(1)</sup> ينظر: محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، ص 49.

<sup>(2)</sup> صدرت هذه الاتفاقية بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (25/44) بتاريخ 1989/11/20م، ودخلت حيز النفاذ اعتباراً من 1990/6/2م، و تضمنت ديباجه و(54) مادة، وقد صادق عليها جميع الدول الأعضاء بالأمم المتحدة، وصادقت عليها الجزائر سنة 1992م، الجريدة الرسمية سنة 1992م، العدد 91.

<sup>(3)</sup> لأكثر من مائة وعشرة أعوام، دأب مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، على توفير الأمن والحماية للإفراد الذين تتخطى حركتهم وأنشطتهم حدودهم الوطنية.

وتقع على عاتق هذا المؤتمر مسؤولية المواءمة بين قواعد القانون الدولي الخاص على المستوى العالمي، وذلك من خلال إعداد ودراسة وتبني اتفاقية لاهاي متعددة الأطراف يبلغ عدد الدول الأطراف بها حالياً أكثر من (120) دولة من مختلف أنحاء العالم، وقد تم منذ الحرب العالمية الثانية إقرار 37 اتفاقية. لمزيد المعلومات حول هذه الاتفاقيات، ينظر: الموقع الإلكتروني لمؤتمر لاهاي [www.hcch.net](http://www.hcch.net)، تاريخ الزيارة، 2013/6/29م.

<sup>(4)</sup> الموقع الإلكتروني للاتفاقية على شبكة المعلومات الدولية، [www.hcch.net](http://www.hcch.net)، تاريخ الزيارة، 2013/6/29م.

1- إنها حق للأُم، لها التنازل عنها وإسقاطها، وهذا ما ذهب إليه البعض من الفقه والقانون التونسي، وهو رأي الضعيف.

2- إنها حق للصغير، وعلى هذا فلا يجوز إسقاطه، والى هذا ذهب بعض الفقه، والقانون اليمني.

3- إنه حق للأُم والصغير معاً، فلو وجد من يقوم بها غير الأُم فلها إسقاطها والتنازل عنها، والامتناع عن القيام بها، وإذا تعينت فلا حق لها في تركها وإسقاطها؛ لأن حق الصغير أقوى من حقها، وهذا رأي البعض من الفقه، ومعظم قوانين الأحوال الشخصية العربية، كالقانون الجزائري والعراقي والمصري والأردني والكويتي<sup>(1)</sup>.

أما بخصوص موقف الديانة المسيحية، والقوانين الأوربية، وكما بينا سابقاً، أنها تنظر إلى الحضانة كأثر من آثار الطلاق، فالرأي الراجح، أنها حق مشترك ما بين الأبوين والصغير، ولكن حق الصغير فيها أقوى، بدليل أن حق الحضانة سيسقط عن الوالد، المتسبب في الطلاق، إلا أنه يجوز أن يحتفظ بالحضانة، إذا اقتضت مصلحة الصغير ذلك<sup>(2)</sup>.

من كل ما تقدم، يظهر أن الاختلاف في تكييف الحضانة، هو الذي أدى إلى اختلاف القانون الواجب التطبيق على الحضانة، وهذا ما سوف نتعرف عليه.

### **الفرع الرابع: حلول تنازع القوانين في الحضانة**

إن اختلاف التكييف القانوني للحضانة، أدى بدوره إلى اختلاف القانون الواجب التطبيق عليها، ففي الوقت الذي سكت فيه أغلب التشريعات العربية، عن وضع قاعدة إسناد لها، تاركاً ذلك لاجتهاد القضاء، نجد أن هناك تشريعات أخرى، خصتها بقاعدة إسناد كالشريع الجزائري والعراقي والكويتي.

وللإحاطة بالموضوع سأعرضه من خلال عنصرين، الأول سابين فيه تحديد القانون الواجب التطبيق، على الحضانة في التشريعات العربية، أما الثاني فسيخصص لتحديد القانون الواجب التطبيق، على الحضانة في التشريعات الأجنبية.

### **أولاً: تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة في التشريعات العربية**

تأثرت معظم هذه القوانين، بالقانون المصري والمتمثل بالقانون المدني المصري النافذ، والذي سكت عن إسناد الحضانة للقانون الذي يحكمها، مما ألقى على عاتق الفقه والقضاء تولى

<sup>(1)</sup> ينظر: حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة دكتوراة، في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، سنة 2004م-2005م، ص 167 وما بعدها.

<sup>(2)</sup> ينظر: محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، ص 67.

هذه المهمة، حيث ذهب البعض من الفقه<sup>(1)</sup>، إلى أنها أثر من آثار الزواج، وبالتالي تخضع لقانون الزوج وقت الزواج، وإلى ذلك ذهب القضاء المصري في بعض أحكامه<sup>(2)</sup>.

وهناك من اعتبرها أنها أثر من آثار الطلاق، تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية على أن الحضانة حق للزوج<sup>(3)</sup>.

ذهب القضاء المصري، في بعض أحكامه إلى إعطاء الحضانة حكم الولاية، حيث جاء ذلك في حيثيات قرار لمحكمة القاهرة المرقم: (89) والصادر في 1954/2/2م<sup>(4)</sup>.

كل ذلك دفع البعض من الفقه المصري، إلى القول: أن مرد الصعوبة التي واجهتها المحاكم المصرية في تعيين القانون الواجب التطبيق على الحضانة، وتكييف الحضانة، يخضع وفقاً للقاعدة العامة في التكييف للقانون المصري، وهو هنا الشريعة الإسلامية، بوصفها القانون العام للأحوال الشخصية في مصر<sup>(5)</sup>.

هذا هو الاتجاه الفقهي الراجح حالياً في مصر، وما استقرت عليه أحكام القضاء المصري لاحقاً<sup>(6)</sup>.

(1) ينظر: أحمد مسلم، موجز القانون الدولي الخاص والمقارن في مصر ولبنان، ص228.

(2) راجع أحكام محكمة القاهرة الابتدائية ( دائرة الأحوال الشخصية للأجانب ) الصادر في مايو 1951م، في القضية رقم 75 لسنة 1950م، وفي 12 يونيو 1951م، في القضية رقم 121 لسنة 1950م، وفي 15 يناير 1952م، في القضية رقم 79 لسنة 1951م، وفي 4 مارس 1952م، في القضية رقم 57 لسنة 1951م، أشار إليها: عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، دار النهضة العربية القاهرة، ط6، 1969م، ج2ص323، هامش رقم (2)، وكذلك حكم محكمة الإسكندرية الصادر في 3 نوفمبر 1952م، في القضية رقم 43 لسنة 1951م، منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد الثامن، السنة 1952م، ص165.

(3) القرار رقم 38 سنة 26ق، أحوال الشخصية، بتاريخ 1958/3/27م، منشور في مجله المحاماة، تصدر عن نقابه المحامين المصريين، العدد الثاني، السنة التاسعة والثلاثون، أكتوبر 1958م، ص141-144.

(4) ينظر: جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، ص384.

(5) ينظر: عز الدين عبد الله، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مواد الأحوال الشخصية بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، تصدر أساتذة عن كلية الحقوق في الجامعة القاهرة، العددان الأول والثاني، السنة الرابعة والعشرون، 1954م، ص31، 32.

(6) القرار الصادر من محكمة استئناف القاهرة المرقم 675 في 16 مايو 1956م أشار إليه: عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ص324.

وقد نهجت معظم التشريعات العربية، نهج التشريع المصري، بعدم النص على قاعدة إسناد خاصة بالحضانة، بل وحتى على الواجبات والحقوق المتبادلة ما بين الآباء والأولاد، لذا يفضل الفقه هناك ما توصل إليه الفقه الراجح في مصر، من تطبيق قانون جنسية الأب<sup>(1)</sup>.

### **ثانياً: تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة في التشريعات الأجنبية**

من أجل الإحاطة بالموضوع، سنعرضه من خلال عنصرين، سنخصص الأول إلى موقف بعض القوانين الأوربية، أما الثاني فسنتعرف فيه إلى موقف اتفاقية لاهاي لعام 1996م، من القانون الواجب التطبيق على الحضانة<sup>(2)</sup>.

### **- موقف اتفاقية لاهاي لعام 1996م**

بعد أن عقدت هذه الاتفاقية الاختصاص، باتخاذ الإجراءات الرامية، إلى حماية الطفل في شخصه وأمواله إلى السلطات القضائية، أو الإدارية للدولة المتعاقدة، التي يوجد بها مقر الإقامة الاعتيادية للطفل بموجب للمادة (5) منها، فإنها أي الاتفاقية سمحت لهذه السلطات بتطبيق قانونها عند ممارستها للاختصاص المكول إليها، وذلك حسب نص الفقرة (أ) من المادة (15)<sup>(3)</sup>.

وحرصاً من هذه الاتفاقية، على توفير أكبر قدر من الحماية للطفل، وسعت من نطاق القانون الواجب التطبيق عندما نصت في الفقرة (ب) من المادة (15) على أن: «غير أنه عندما يقتضي الأمر حماية الطفل في شخصية أو أمواله يجوز استثناء لسلطات الدول المتعاقدة أن تطبق أو تأخذ بعين الاعتبار قانون الدولة الأخرى، التي لها اتصال متين بالوضعية»<sup>(4)</sup>.

حيث يلاحظ من هذا النص أن الاتفاقية وفي سبيل توفير أكبر قدر من الحماية، يجوز لها وعلى سبيل الاستثناء أن تطبق قانون آخر، قد يكون قانون جنسية الطفل، إذا كان مقيم في دولة أخرى غير الدولة التي يتمتع بها بجنسيته، أو قانون جنسية والده أو جنسية والدته، إذا كان

(1) ينظر: محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1،

2009م، ص145، و عامر محمود الكسواني، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 2010م، ص170.

(2) ينظر: عبد الرسول عبد الرضا جابر شوكة، محاضرة بعنوان: القانون الدولي الخاص، الحضانة، الموقع:

<http://www.uobabylon.edu.iq> تاريخ الزيارة 2011/6/20م.

(3) الموقع الإلكتروني للاتفاقية على شبكة المعلومات الدولية، [www.hcch.net/1](http://www.hcch.net/1)، تاريخ زيارة الموقع، 2013/6/30م.

(4) الموقع الإلكتروني للاتفاقية على شبكة المعلومات الدولية، [www.hcch.net](http://www.hcch.net)، تاريخ الزيارة، 2013/6/29م.



مختلفين الجنسية، كذلك يجوز للاتفاقية أن تأخذ بعين الاعتبار، هذه القوانين عند تطبيقها قانون إقامة الشخص المطلوب حمايته<sup>(1)</sup>.

والملاحظ على نصوص هذه الاتفاقية ما يلي:

- أنها اعتدت بالاتجاه السائد في الدولة الانكلو امريكية، الذي ينظر إلى موضوع حماية القاصرين، على أنه أمر يتعلق بالاختصاص القضائي.

- إن هذه الاتفاقية وتطبيقاً للنظام المعروف، في الدول الانكلو امريكية، من أنه يمكن لسلطات الدولة المختصة، بأن تنازل عنه الاختصاص لصالح سلطات دولة أخرى، تكون أقدر على رعاية مصلحة القاصر.

- إن هذه الاتفاقية، قد تؤدي إلى تجزئة العلاقة القانونية، وذلك بإخضاعها إلى أكثر من قانون<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> ينظر: عبد الرسول عبد الرضا جابر شوكة، محاضرة بعنوان: القانون الدولي الخاص، الحضارة الموقع:

<http://www.uobabylon.edu.iq> تاريخ الزيارة 2011/6/2م.

<sup>(2)</sup> ينظر: أشرف وفا محمد، حماية غير ذوي الأهلية على الصعيد الدولي، ص 371 .

### المطلب الرابع: أسباب ثبوت النسب

إن رابطة النسب في الإسلام، من أبرز آثار عقد الزواج، الذي اعتبره الله ميثاقاً غليظاً، بين الزوجين ورتب عليه حقوقاً، أولها ثبوت نسب كل فرد إلى أبيه، حتى لا تختلط الأنساب و يضيع الأولاد، و لم يقلل اهتمام الشريعة الإسلامية بنفي النسب، كما كان لها أكبر الاهتمام بإثباته.

#### الفرع الأول: أدلة إثبات النسب

إن أدلة ثبوت النسب<sup>(1)</sup> هي: الشبه، والدعوى المجردة مع الإمكان، وظاهرة الفراش<sup>(2)</sup>.

#### أولاً: الشبه

– عن عائشة رضي الله عنها قالت: إن رسول الله ﷺ، دخل علي مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال: « ألم تَرَى أن مجزراً نظر أنفاً إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض»<sup>(3)</sup>.

وجه الدلالة: سرور النبي ﷺ بتشبيهه القائف<sup>(4)</sup>، يدل على صحة ثبوت النسب بالشبه.

– عن أنس بن مالك رضي الله عنه أن أم سليم حدثت: «أنها سألت نبي الله ﷺ عن المرأة ترى في منامها ما يرى الرجل، فقال رسول الله ﷺ إذا رأته المرأة فلتغتسل فقالت أم سليم، وهل يكون هذا؟ فقال نبي الله ﷺ نعم، فمن أين يكون الشبه إن ماء الرجل غليظ أبيض، وماء المرأة رقيق أصفر، فمن أيهما علا أو سبق، يكون منه الشبه»<sup>(5)</sup>.

وجه الدلالة: في الحديث حيث بين بوضوح من أين يحصل الشبه، بين الأبناء ووالديهم، وهو دليل على إثبات النسب بالشبه.

(1) تعريف النسب لغة: النسب نسب القربان، والنسبة والنسب القرابة، وقيل هو في الآباء خاصة، وفلان نسيب فلان أي: قريبه. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج1 ص755 بتصرف، والمناوي، التعريف، ج1 ص696.

– تعريف النسب اصطلاحاً: من العلماء من قال هو الانتساب إلى أب معين، وسمي النسب نسباً؛ لأن الابن يضاف إلى أصله، ينظر: عيش، منح الجليل، ج6 ص491، والنووي، المجموع، ج16 ص155.

(2) ينظر: ابن القيم، الطرق الحكمية، ج1 ص323.

(3) رواه البخاري، كتاب الفرائض، باب القائف، ج6 ص2486، رقم الحديث(6388)، ومسلم، كتاب الرضاع، باب العمل بالحق القائف الولد، ج2 ص1081، رقم الحديث(1459).

(4) القائف: هو الذي يتبع الآثار ويعرفها، ويعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه، والجمع: القافة. يقال: فلان يقوف الأثر، و يقنافة قيافة مثل: قفا الأثر واقنفاه. ينظر: ابن الأثير، النهاية في غريب الأثر، ج4 ص204.

(5) رواه مسلم، كتاب الحيض، باب وجوب الغسل على المرأة بخروج المني منها، ج1 ص250، رقم الحديث (311).

### ثانياً: الدعوى المجردة مع الإمكان

إن الدليل على الدعوى المجردة، فقال ابن القيم: « وأما أن تعمل الدعوى المجردة، مع ظهور ما يخالفها من الشبه البين، الذي نصبه الله ﷻ علامة لثبوت النسب شرعاً وقدرأً، فهذا مخالف للقياس وأصول الشرع»<sup>(1)</sup>، وقد قال رسول الله ﷺ: «**البينة على من ادعى**»<sup>(2)</sup>، والبينة اسم لما يبين صحة الدعوى، والشبه بين صحة الدعوى، فإذا كان من جانب أحد المتلاعنين كان النسب له، وإن كان من جهتهما، كان النسب لهما<sup>(3)</sup>.

### ثالثاً: ظاهرة الفراش

استدل على الفراش بقوله ﷺ: «**الولد للفراش وللعاهر الحجر**»<sup>(4)</sup>.

وجه الدلالة: أن الفراش وهو كناية عن كل ما ولدته الزوجة المدخول بها في أجل أقصاه مدة الحمل، يثبت به النسب.

قال ابن القيم: «فهذا الحكم النبوي، أصل في ثبوت النسب بالفراش، وفي أن الأمة تكون فراشاً بالوطء، وفي أن الشبه إذا عارض الفراش، قدم عليه الفراش، وفي أن أحكام النسب تتبع بعض، فتثبت من وجه دون وجه، وهو الذي يسميه بعض الفقهاء حكماً بين حكمين، وفي أن القافة حق وأنها من الشرع، فأما ثبوت النسب بالفراش فأجمعت عليه الأمة»<sup>(5)</sup>.

<sup>(1)</sup> ينظر: ابن القيم، الطرق الحكمية، ج1 ص330.

<sup>(2)</sup> رواه الترمذي، باب البينة على المدعي، ج3 ص626، رقم الحديث (1341) والدارقطني، ج10 ص143، رقم الحديث (4358)، وقال الزيلعي في نصب الراية، ج4 ص126، أخرجه البيهقي في سننه عن ابن عباس، قال: قال رسول الله ﷺ:

«... **لكن البينة على المدعي، واليمين على من أنكر**». والحديث في الصحيحين بلفظ: «**لكن اليمين على المدعي عليه**» وصححه الألباني في الجامع الصغير وزيادته، ج1 ص521، رقم الحديث (5208).

<sup>(3)</sup> ينظر: ابن القيم، الطرق الحكمية، ج1 ص330.

<sup>(4)</sup> رواه البخاري، باب تفسير المشتبهات، ج2 ص773، رقم الحديث (2105)، ومسلم، باب الولد للفراش، ج2 ص1080، رقم الحديث (1457).

<sup>(5)</sup> ينظر: ابن القيم، زاد المعاد، ج5 ص367.

وأما أسباب ثبوت النسب عند الفقهاء فهي:

- الزواج الصحيح<sup>(1)</sup>، - الزواج الفاسد<sup>(2)</sup>، - الوطء بشبهة<sup>(3)</sup>.

واستدلوا على ذلك بأدلة منها:

قوله ﷺ: «**الولد للفراش وللعاهر الحجر**»<sup>(4)</sup>.

إن الفراش وهو كناية عن كل ما ولدته الزوجة المدخول بها في أجل أقصاه مدة الحمل، يثبت به النسب.

واستدلوا على الزواج الفاسد فقالوا: هو في معنى الفراش، لذلك يثبت به النسب<sup>(5)</sup>.

أما الوطء بشبهة: فهو الاتصال الجنسي غير الزنا، وليس بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد، مثل المرأة المزفوفة إلى بيت زوجها دون رؤية سابقة، وقيل: أنها زوجته، فيدخل بها.

مثل وطء المطلقة ثلاثاً أثناء العدة، على اعتقاد أنها تحل له، فإن أتت المرأة بولد بعد مضي ستة أشهر أو أكثر، من وقت الوطء، ثبت نسبه من الواطئ لتأكد أن الحمل منه<sup>(6)</sup>.

جاء في قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين لسنة 1991م في المادة: (98) «يثبت نسب المولود بالفراش، إذا مضى على عقد الزواج أقل مدة الحمل، وكان التلاقي بين الزوجين ممكناً»، والمادة: (99) «يثبت نسب المولود من وطء بشبهة، إذا ولد لأقل مدة الحمل، من تاريخ الوطء»، والمادة: (100) «يبتأ أقل مدة الحمل وأكثرها: وهي ستة أشهر وأكثرها سنة<sup>(7)</sup>».

(1) ينظر: ابن مازة البخاري أبو المعالي، المحيط البرهاني، دار إحياء التراث العربي، ج3ص262، و الشافعي،

الأم، ج6ص204، و ابن قدامة، الكافي في فقه ابن حنبل، ج3ص188.

(2) ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، ج3ص262، والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج7ص448، والشافعي، الأم، ج6ص204، و ابن مفلح، الفروع، ج10ص255.

(3) ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، ج3ص262، و المواق، التاج والإكليل، ج9ص191، والشافعي، الأم، ج6ص204، وابن مفلح، الفروع، ج9ص25.

(4) سبق تخريجه في ص 314.

(5) ينظر: ابن مازة، المحيط البرهاني، ج3ص262، و الشافعي، الأم، ج6ص204، و ابن قدامة، المغني، ج9ص68.

(6) ينظر: ابن قدامة، المغني، ج7ص431، و الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج10ص7263، 7264.

(7) ينظر: قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين لسنة 1991م، ص 42.

### الفرع الثاني: المنازعات المتعلقة بالنسب الطبيعي

يشكل الاعتراف بالنسب الطبيعي، مسألة محظورة بالنسبة للمسلم؛ لأنه يخالف مقومات المجتمع المسلم، الذي يرفض نظامه العام أن يدخل المسلم، في علاقة مربية مع طرف آخر، كما يرفض كل ما يترتب عن تلك العلاقة<sup>(1)</sup>.

وهو ما تبنته أغلب قوانين الأسرة في الدول المسلمة، منها مدونة الأسرة المغربية من خلال المادة (148)، حيث نصت على أنه: « لا يترتب على البنوة غير الشرعية، بالنسبة للأب أي أثر من آثار البنوة الشرعية».

وفي مقابل ذلك نجد القوانين الأوروبية، تسوي بين الطفل الشرعي والطبيعي، ولا تميز بينهما من حيث الحقوق والواجبات<sup>(2)</sup>، حيث سوى التقنين المدني الإسباني الصادر بتاريخ 13 ماي 1981م، بين الأبناء بغض النظر عن نسبهم، هل هو ناتج عن زواج أم لا؟<sup>(3)</sup>.

كما أدخل المقتن الفرنسي، عدة تعديلات على قانون الأسرة، بهدف التوفيق بين التقنين المدني، ومبادئ التصريح العالمي لحقوق الطفل لسنة 1989م، الذي يقضي بالمساواة بين الأطفال في الحقوق، وإلغاء كل تفرقة بينهم بغض النظر عن أصل نسبهم<sup>(4)</sup>، بموجب القانون الصادر بتاريخ 3 يناير 1972م، أقر المساواة بين ابن الزنا، والطفل الشرعي في الحقوق والالتزامات، بما في ذلك الحق في الإرث<sup>(5)</sup>.

وتبعاً لذلك القانون الجزائري المنظم للنسب، سيعتبر من قبل المحاكم الأوروبية متعارضاً مع نظامها العام، وسترفض تطبيقه على المنازعات المثارة أمامها، رغم تعيين اختصاص القانون

(1) ينظر: ناصر ميثوي مشكوري، مبادئ في القانون الدولي الخاص المغربي، مكتبة المعارف الجامعية، 2003م، ص 65.

(2) ينظر: خالد برجوي، القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة تطبيقية في الروابط الدولية الخاصة المغربية، دار القلم للطباعة والنشر، الرباط، 2001م، ص 215.

(3) ينظر: عبد المنعم الفلوس، أحكام الأسرة للجالية المغربية بإسبانيا رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السوسية، الرباط، 1995-1996م، ص 15.

(4) ينظر: محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، دراسات قانونية وحالات شاذة، سلسلة البحوث القانونية، المغرب، العدد 2001-3م، ص 110.

(5) ذهبت المحاكم الفرنسية اتجاه هذا المنحى استناداً على معيار المصلحة، بتاريخ 22 / 12 / 2004م، انظر الموقع

التالي: [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) تاريخ الزيارة، (2014/9/15م).

الجزائري، بمقتضى قاعدة إسناد القاضي، كما أن هذه المحاكم ستفرض إعطاء الصيغة التنفيذية، للأحكام الصادرة عن محاكم الجزائية، في قضايا النسب طبقت عليها قواعد القانون الجزائري<sup>(1)</sup>.

ويمكن الاستشهاد في هذا الحالة، بالقرارات الصادرة عن المحاكم الأوربية، التي توضح وجهة نظر القضاء الأوربي من النسب الطبيعي وما يترتب عنه:

ففي قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 10 ماي 2006م، ذهبت فيه إلى «أن القانون الأجنبي، الذي يحرم مؤسسة البنوة الطبيعية مبدئياً، ليس معارضا لمفهوم النظام العام الفرنسي، ولكن حرمان الطفل الذي له ارتباط بفرنسا من الرعاية الأسرية، هو الذي يعارض النظام العام الفرنسي»<sup>(2)</sup>.

كما ذهبت المحكمة في قرار آخر صادر عنها بتاريخ 11/10/1988م إلى أنه: «مادام الطفل يحمل الجنسية الفرنسية، وأن محل إقامته المعتادة يوجد في فرنسا، فإن هذا وحده كاف لتأسيس البنوة الطبيعية تجاه والده الجزائري، وإن كان يمنعها قانونه الوطني»<sup>(3)</sup>.

واستناداً إلى ضابط المصلحة الفضلى للطفل، ذهبت إحدى المحاكم الهولندية في قرار صادر بتاريخ 13/01/2004م، إلى رفض الاعتراف بالأبوة الطبيعية، لطفل غير شرعي، معتمدة على كون هذا الطفل لم يسع إلى الاندماج في عائلة أبيه، فضلاً على أنه لم يحصل على تصريح ببنوته لأبيه المتوفى<sup>(4)</sup>.

حسب ما يستشف من الأحكام القضائية أعلاه، فإن المصلحة الفضلى للطفل التي تجيز للقاضي غض الطرف عن قانونه الوطني، مادام لا يوفر له الحماية اللازمة، تجعل هذا القاضي مضطراً لإرغام الأب الطبيعي المسلم للاعتراف بالنسب لولده، والنفقة عليه وتربيته، وعدم حرمانه من حقه في الميراث، وهذا لن يتأتى إلا بتطبيق القانون الفرنسي<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ص 216، 217.

(2) قرار محكمة النقض الغرفة المدنية الأولى الفرنسية بتاريخ 10 ماي 2006م، رقم الطعن 05-10299، نشرة 2006م، عدد 226 ص 198. <https://www.courdecassation.fr> تاريخ زيارة الموقع (2015/01/14).

(3) ينظر: حمزة قنات، دور القاضي في تطبيق القانون الجنائي في القانون الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر 01 كلية الحقوق، السنة الجامعية 2010-2011م، ص 16.

(4) ينظر: الموقع على الانترنت: [www.echr.coe.int/fr](http://www.echr.coe.int/fr)، تاريخ زيارة الموقع، 14/01/2014م.

(5) ينظر: موحى ولحسن ميموني، وضعية الأسرة المغربية في ضوء تطورات ضوابط الإسناد، مجلة الملف، عدد 4 شتبر 2004م، ص 102، ص 112.

وهو تطبيق أصبح يسري بأثر فوري مادام القضاء الأوربي عامة، والقانون الفرنسي خاصة قد اقتنع بما فيه الكفاية، بانعدام الجدوى من مراجعة القوانين الإسلامية بشأن الابن الطبيعي؛ لأن هذه القوانين لا تحمل مسؤولية البنوة الطبيعية سوى للأم، سواء كانت هذه البنوة ناتجة عن قناعة، أو إكراه وهو الأمر الذي تعتبره المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، مسا خطيرا بالمصلحة الفضلى للطفل<sup>(1)</sup>.

إلا أن سعي المحاكم الأوربية لحماية الطفل الطبيعي، قد يتعذر إذا ما قرر والده الطبيعي ترك بلاد المهجر، والعودة إلى وطنه، حيث سيتدخل النظام العام لحمايته من أي التزام، وإن تقرر في ذمته بموجب حكم قضائي، وهذا ما يحيلنا إلى الازدواجية في حالة الأشخاص.

وتتجسد هذه الازدواجية، عند ملاحظة العمل القضائي في أغلب الدول الإسلامية، الذي يتعامل مع قضايا النسب على حسب ديانة وجنسية الطرفين، فإذا تعلق الأمر بالاعتراف بنسب طفل غير شرعي، من شخص مسلم فإن القاضي لن يعترف بأي أثر لمثل هذا النسب، وسيعتبره مخالفا للقوانين والأعراف السياسية والدينية المكونة للنظام العام<sup>(2)</sup>.

وإذا تعلق الأمر بطفل من أم مسلمة، وأب أجنبي، الذي يعترف قانونه بالنسب الطبيعي، فإن القانون في الدول الإسلامية، ينفي طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية إلحاق أبناء السفاح آبائهم، ولا يلتفت إلى إقرار الآباء إلا بما ولد لهم من نكاح شرعي<sup>(3)</sup>.

وفي هذا الصدد قضى المجلس الأعلى بأن: «الولد المزداد من قبل إبرام عقد النكاح لا يمكن لحق نسبته إلى الزوج ولو أقر بينوته، وكان من مائه؛ لأنه ابن زنا، الذي لا يصح الإقرار ببنوته»<sup>(4)</sup>، وفي حكم آخر، رفضت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ 1962/11/23م، تنفيذ حكم ألماني قضى على شاب مغربي بأداء النفقة لابنه الطبيعي، المزداد له من علاقة غير شرعية بفتاة ألمانية<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: موحى ولحسن ميموني، وضعية الأسرة المغربية في ضوء تطورات ضوابط الإسناد، مجلة الملف، عدد 4 شتنبر 2004م، ص 102، ص 112.

(2) ينظر: عبد الرزاق مولاي رشيد، العلاقات الأسرية الدولية والقانون المغربي، منشورات الجمعية المغربية للدفاع عن حقوق النساء، سلسلة لنكسر الصمت، العدد 3، 2001م، ص 109.

(3) ينظر: أحمد الغازي الحسيني، الولد للفراش، مقال منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 130، 1980م، ص 32.

(4) قرار عدد 446 بتاريخ 30 مارس 1983م، منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 148، سنة 1987م، ص 77.

(5) ينظر: المسعودي العياشي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، جامعة محمد بن عبد الله فاس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 1992-1993م، ص 268.

ومما تقدم يتضح أن القضاء المغربي، يتعامل مع قضايا إثبات النسب غير الشرعي بتشدد وصرامة، فإنه مع ذلك يلاحظ نوع من التسامح والاعتدال، على صعيد الآثار المتعلقة بالنفقة، لكن ذلك مقتصر فحسب على الأبناء غير الشرعيين المولودين من أم مغربية، وأب أجنبي<sup>(1)</sup>.

ففي قرار صدر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 1961/03/10م<sup>(2)</sup>، قضت المحكمة بالنفقة لفائدة الطفل بناء على المسؤولية التقصيرية للأب الفرنسي، هذا على الرغم من أن المحكمة في ذات القرار رفضت الاعتراف بالأبوة غير الشرعية، التي يأخذ بها القانون الفرنسي، باعتباره قانون الطفل، مما يفيد أن الاجتهاد القضائي المغربي، يعمل على إيجاد الحل المناسب، طالما أن الأب الطبيعي غير مسلم، ومن ثم مراعاة مصلحة الطفل في ذلك<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثالث: طرق إثبات النسب

إن طرق إثبات النسب أربع، وهي: الفراش، والاستلحاق، والبينة، والقيافة<sup>(4)</sup>.

اتفق الفقهاء على أن طرق إثبات النسب هي:

الفراش<sup>(5)</sup>، والاستلحاق<sup>(6)</sup>، والإقرار<sup>(7)</sup>، والبينة<sup>(8)</sup>، واختلفوا في القيافة، فقال بها الجمهور، خلافاً لأبي حنيفة<sup>(9)</sup>.

1- أدلتهم على الفراش، و الاستلحاق والبينة.

<sup>(1)</sup> ينظر: جميلة أوحيدة، آليات تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق جامعة محمد الخامس الرباط، السويسي 2004-2005م، ص330.

<sup>(2)</sup> ينظر: خالد برجوي، القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية، ص 209.

<sup>(3)</sup> ينظر: عبد الرزاق مولاي رشيد، العلاقات الأسرية الدولية والقانون المغربي، ص 102.

<sup>(4)</sup> ينظر: ابن القيم، زاد المعاد، ج5 ص367.

<sup>(5)</sup> ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج6 ص162، ومالك بن أنس، المدونة، ج8 ص162، والشافعي، الأم ج5 ص311، وابن قدامة، الكافي في فقه ابن حنبل، ج3 ص188.

<sup>(6)</sup> ينظر: ابن الهمام، فتح القدير، ج10 ص332، والنووي، روضة الطالبين، ج3 ص235، وابن قدامة، المغني، ج9 ص54.

<sup>(7)</sup> ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج6 ص264، والمواق، التاج والإكليل، ج8 ص486، والنووي، المجموع، ج20 ص334، و ابن قدامة، المغني، ج6 ص420.

<sup>(8)</sup> ينظر: السرخسي، المبسوط، ج8 ص407، وابن رشد، بداية المجتهد ج2 ص290، والشيرازي، المهذب، ج2 ص312، وابن قدامة، الكافي في فقه ابن حنبل، ج3 ص188.

<sup>(9)</sup> ينظر: مالك بن أنس، المدونة، ج7 ص161، والمزني، مختصر المزني، دار المعرفة، بيروت، ج1 ص229، وابن قدامة، الشرح الكبير، ج6 ص430، وابن الهمام، فتح القدير، ج10 ص367.



– استدلووا بقوله ﷺ: «**الولد للفراش وللعاهر الحجر**»<sup>(1)</sup>.

وجه الاستدلال: أن الفراش يثبت به النسب، وهو كل مول وضعته الزوجة المدخول بها في أجل لا يقل عن أقل مدة الحمل المعروفة.

– استدلووا بقول النبي ﷺ في ولد الملاعنة: «**أنظروها فإن جاءت به حمش الساقين**»<sup>(2)</sup>، كأنه وحره<sup>(3)</sup>، فلا أراه إلا قد كذب عليها، وإن جاءت به جعداً<sup>(4)</sup>، جمالياً<sup>(5)</sup>، سابغ الإليتين<sup>(6)</sup>، خدلج الساقين<sup>(7)</sup>، فهو للذي رميت به، فأنت به على النعت المذكور فقال النبي ﷺ: لولا الأيمان لكان لي ولها شأن»<sup>(8)</sup>.

وجه الدلالة: أن المولود يلحق بمن يشبهه، في أوصافه الجسدية.

– عن أبي هريرة رضي الله عنه: «**أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال يا رسول الله ولد لي غلام أسود، فقال: هل لك من إبل؟ قال نعم قال: ما ألوانها؟ قال حُمُر قال: هل فيها من أورك؟ قال نعم قال: فأنى ذلك؟ قال لعله نزعه عرق قال: فلعل ابنك هذا نزعة عرق**»<sup>(9)</sup>.

وجه الدلالة: لحوق النسب بالزوج إذا خالف لون ولده لونه.

– استدلووا بقوله ﷺ: «**البينة على من ادعى**»<sup>(10)</sup>.

قال في البدائع: «وكل نسب يحتمل الظهور بنفس الدعوة، يتأكد ظهوره بالبينة»<sup>(11)</sup>.

(1) سبق تخريجه في ص314.

(2) الحمش: دقيق الساقين. ينظر: الفيومي، المصباح المنير، ج1ص151.

(3) الوحره: وزغة تكون في الصحارى على شكل سام أبرص، لها ذنب دقيق .. وهي بيضاء منقطة بحمره.. ينظر: الخطابي، غريب الحديث، ج1ص225.

(4) الجعد: جعد الشعر وهو ضد السبط؛ لأن السبوة أكثرها في شعور العجم، أو بمعنى القصير المتردد الخلق. ينظر: ابن الأثير، النهاية في غريب الأثر، ج1ص767. بتصرف.

(5) الجمالي بالتشديد: الضخم الأعضاء التام الأوصال. ينظر: ابن الأثير، النهاية في غريب الأثر، ج1ص812.

(6) سابغ الإليتين: أي تامهما وعظيمهما، من سيوغ الثوب والنعمة. ينظر: ابن الأثير، النهاية في غريب الأثر، ج2ص843.

(7) خدلج الساقين: العظيم الساقين. ينظر: أبي عبيد، غريب الحديث، ج2ص98.

(8) رواه أحمد، ج1ص239 رقم الحديث (2131)، وأبو داود، ج7ص8، باب في اللعان رقم الحديث (2285) والبيهقي، ج2ص364، باب الزوج يقذف امرأته رقم الحديث (15686)، قال الألباني: ضعيف، ينظر: صحيح وضعيف سنن أبي داود: ج5 ص256 رقم الحديث (2256).

(9) رواه البخاري، باب إذا غرض بنفي الولد، ج5 ص2032، رقم الحديث: (4999)، ومسلم، كتاب اللعان، ج2ص1137، رقم الحديث: (1500).

(10) سبق تخريجه في ص314.

(11) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج14ص263.

أما اختلافهم في القيافة على أقوال:

القول الأول: قول الجمهور وهو موافق لاختيار ابن القيم:

قال في المدونة: « قال مالك: في الجارية توطأ في طهر واحد، فيدعيان جميعاً ولدها أنه يدعى لولدها القافة»<sup>(1)</sup>.

وقال في المختصر: « قال الشافعي: ولو تزوج امرأة في عدتها فأصابها، فجاءت بولد فأرضعت مولوداً كان ابنها، وأري المولود القافة فبأيهما ألحق، لحق وكان المرضع ابنه، و سقطت أبوة الآخر»<sup>(2)</sup>.

وقال في الشرح الكبير: « فلولا جواز الاعتماد على القيافة لما سر به النبي ﷺ ولا اعتمد عليه»<sup>(3)</sup>.

القول الثاني: قول أبي حنيفة، وهو مخالف لاختيار ابن القيم:

قال في شرح فتح القدير: « لو كانت القيافة معتبرة، لكان شرعية اللعان تختص بما إذا لم يشبه المرمى به أشبه الزوج أولاً لحصول الحكم الشرعي حينئذ بأنه ليس ابناً للنافي، وهو يستلزم الحكم بكذبها في نسب الولد، وأجيب أيضاً بأنه لا يلزم من حقية قيافته ﷺ، حقية قيافة غيره، وفيه نظر فإن القيافة ليس إلا باعتبار أمور ظاهرة يستوي الناس في معرفتها»<sup>(4)</sup>.

الأدلة:

أدلة القول الأول: استدلوا بحديث عائشة رضي الله عنها قالت: إن رسول الله ﷺ دخل علي مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال: « ألم تَرَى أن مجزراً نظر آناً إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض»<sup>(5)</sup>.

وجه الدلالة: يثبت النسب بالقيافة.

استدلوا بقول النبي ﷺ في ولد الملاعنة: « أنظروها فإن جاءت به حمش الساقين كأنه وحره، فلا أراه إلا قد كذب عليها، وإن جاءت به جعداً جمالياً سابغ الإليتين، خدلج الساقين، فهو للذي رميت به، فأتت به على النعت المكروه فقال النبي ﷺ: لولا الأيمان لكان لي ولها شأن»<sup>(6)</sup>.

<sup>(1)</sup> ينظر: مالك، المدونة، ج8 ص161.

<sup>(2)</sup> ينظر: المزني، مختصر المزني، ج1 ص229.

<sup>(3)</sup> ينظر: ابن قدامة، عبد الرحمن بن محمد، الشرح الكبير، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، ج6 ص430.

<sup>(4)</sup> ينظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج5 ص53.

<sup>(5)</sup> سبق تخريجه في ص 318.

<sup>(6)</sup> سبق تخريجه في ص 325.

وجه الدلالة: أن المولود يلحق بمن يشبهه في الأوصاف الخلقية.

أدلة القول الثاني:

أما أبو حنيفة: فاستدل بالرأي على عدم الأخذ بالقيافة، فعنده لو تنازع رجلان، وامرأتان، في مولود، كل يزعم انه ابنه، يقضى به بين الرجلين والمرأتين<sup>(1)</sup>.  
مناقشة الأدلة:

أدلة الجمهور صحيحة وصريحة في الأخذ بالقيافة، قال في عون المعبود: «في حديث مجزز القائف: هذا الحديث دليل على ثبوت أمر القافة، وصحة الحكم بقولهم في إلحاق الولد، وذلك أن رسول الله ﷺ لا يظهر السرور، إلا بما هو حق عنده، فلما سمع هذا القول من مجزز فرح به، وسرى عنه، وممن أثبت الحكم بالقافة عمر بن الخطاب وابن عباس<sup>(2)</sup>».

أما دليل أبي حنيفة فهو رأي، وقد قال أصحابه عن حديث مجزز: «و أما فرح النبي ﷺ و ترك الرد و النكر، فاحتمل أنه لم يكن لاعتباره قول القائف حجة، بل لوجه آخر، و هو أن الكفار كانوا يطعنون في نسب أسامة<sup>(3)</sup>، و كانوا يعتقدون القيافة، فلما قال القائف: ذلك فرح رسول الله ﷺ لظهور بطلان قولهم، بما هو حجة عندهم»<sup>(3)</sup>.

وقال في فتح القدير: «وأجاب أصحابنا بأن معرفته ﷺ ذلك، من طريق الوحي، لا القيافة»<sup>(4)</sup>.

الترجيح: الراجح قول الجمهور لقوة أدلتهم، وصحة استدلالهم، أما رأي أبي حنيفة فلا حجة فيه في مقابل النص، والله أعلم.

<sup>(1)</sup> ينظر: ابن الهمام، فتح القدير، ج10 ص369.

<sup>(2)</sup> ينظر: أبادي، عون المعبود، ج6 ص255.

<sup>(3)</sup> ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج5 ص362.

<sup>(4)</sup> ينظر: ابن الهمام، فتح القدير، ج10 ص367.

### الفرع الرابع: إثبات النسب بالبصمة الوراثية<sup>(1)</sup>.

نظراً لتشوف الشارع إلى ثبوت النسب، وإلحاقه بأدنى سبب، فإن الأخذ بالبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب، في الحالات التي يجوز فيها الحكم، بثبوت النسب بناءً على قول القافة، أمر ظاهر الصحة والجواز، وذلك لأنه إذا جاز الحكم بثبوت النسب بناءً على قول القافة، لاستنادها على علامات ظاهرة، أو خفية مبنية على الفراسة، والمعرفة والخبرة، في إدراك الشبه الحاصل بين الآباء والأبناء، فالقول في البصمة الوراثية من باب أولى.

#### أولاً: حكم إثبات النسب بالبصمة الوراثية

إن الأخذ بنتائج الفحص بالبصمة الوراثية، والحكم بثبوت النسب بناءً على قول خبراء البصمة الوراثية، أقل أحواله أن يكون مساوياً للحكم بقول القافة، إن لم تكن البصمة أولى بالأخذ بها؛ لأن البصمة الوراثية يعتمد فيها على أدلة خفية محسوسة من خلال الفحوصات المخبرية<sup>(2)</sup>، كما قال أحد الأطباء المختصين: « أن كل ما يمكن أن تفعله القيافة، يمكن للبصمة الوراثية أن تقوم به، وبدقة متناهية»<sup>(3)</sup>.

مما لا شك فيه أن البصمة الوراثية، فيها من زيادة العلم، واكتشاف المورثات الجينية الدالة على العلاقة النسبية، ما لا يوجد مثله في القيافة، ومع ذلك فإن القياس وأصول الشريعة تشهد للقيافة؛ لأن القول بها حكم يستند إلى درك أمور خفية، وظاهرة توجب للنفس سكوناً، فوجب اعتباره كقند الناقد وتقويم المقوم<sup>(4)</sup>.

(1) أولاً: تعريف البصمة لغة: البصمة مشتقة من البُصْم، والبُصْم فوت ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر...، ينظر: جبران مسعود، الرائد معجم لغوي عصري، دار العلم للملايين، 1992م، ص 174.

ثانياً: تعريف البصمة الوراثية اصطلاحاً .

جرى إطلاق عبارة ( بصمة وراثية ) للدلالة على تثبيت هوية الشخص أخذاً من عينة الحمض النووي المعروف بـ ( دنا ) الذي يحمله الإنسان بالوراثة عن أبيه وأمه، إذ أن كل شخص يحمل في خليلته الجينية (46) من صبغيات الكروموسومات، يرث نصفها وهي (23) كروموسوماً عن أبيه بواسطة الحيوان المنوي، والنصف الآخر وهي (23) كروموسوماً يرثها عن أمه بواسطة البويضة. ينظر: عمر السبيل، البصمة الوراثية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، (بدون معومات). ص 1، 2 و ص 4.

(2) ينظر: عمر السبيل، البصمة الوراثية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، (بدون معومات). ص 1.

(3) ينظر: محمد باخصمة، بعض النظريات الفقهية في البصمة الوراثية، بحق مقدم للمجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي في دورته: (15) عام 1419هـ، ص 26.

(4) ينظر: ابن القيم، الطرق الحكمية، ص 198.

ولأن قول القائف حكم بظن غالب، ورأي راجح، ممن هو من أهل الخبرة فجاز كقول المقومين<sup>(1)</sup>.

فكذلك الحال بالنسبة للبصمة الوراثية، إما يحمل على الحكم لمشروعية الأخذ بها في مجال إثبات النسب، في الحالات التي يجوز فيها الحكم بناءً على قول القيافة، قياساً عليها، لما في الأخذ بالبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب من تحقيق لمصالح ظاهرة، ودرء لمفاسد محققة<sup>(2)</sup>.

قال ابن القيم: « وأصول الشرع وقواعده، والقياس الصحيح، يقتضي اعتبار الشبه في لحوق النسب، والشارع متشوف إلى اتصال الأنساب، وعدم انقطاعها، ولهذا أكتفي في ثبوتها بأدنى الأسباب، من شهادة المرأة الواحدة على الولادة، والدعوى المجردة مع الإمكان، وظاهر الفراش، فلا يستبعد أن يكون الشبه الخالي عن سبب مقاوم له كافياً في ثبوته»<sup>(3)</sup>.

وقال أيضاً: « بل الشبه نفسه بينه من أقوى البيانات، فإنها اسم لما يبين الحق ويظهره، وظهور الحق هاهنا بالشبه أقوى، من ظهوره بشهادة من يجوز عليه الوهم، والغلط والكذب، وأقوى بكثير من فراش يقطع بعدم اجتماع الزوجين فيه»<sup>(4)</sup>.

والبصمة الوراثية، والاستدلال بها على إثبات النسب، يمكن أن يقال بأنها نوع من علم القيافة، فيثبت بالبصمة ما يثبت بالقيافة، مع وجوب توفر الشروط والضوابط، التي وضعها الفقهاء في القيافة عند إرادة الحكم بإثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية<sup>(5)</sup>.

<sup>(1)</sup> ينظر: ابن قدامة، المغني، ج5 ص768.

<sup>(2)</sup> ينظر: عمر السبيل، البصمة الوراثية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، (بدون معومات). ص1.

<sup>(3)</sup> ينظر: ابن القيم، الطرق الحكمية، ص201.

<sup>(4)</sup> ينظر: ابن القيم، الطرق الحكمية، ص209.

<sup>(5)</sup> ينظر: حسن الشاذلي، البصمة الجينية وأثرها في إثبات النسب، ثبت أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية، الكويت،

خلاصة هذا المبحث فإننا نلاحظ أن المشرع القانوني جعل للزواج شروط موضوعية وأخرى شكلية، وهذا لا يعني أن الشريعة الإسلامية لا تعرف هذا النوع من الشروط الشكلية في العقود، وآية الدين تدل على ذلك.

لذا فإن الفقهاء في الإسلام هناك من يرى بضرورة جعل عقد الزواج في وثيقة رسمية حفظا للحقوق وتماشيا مع تحقيق المقاصد، وهذا اعتبار للمآلات التي تؤول إليها هذه التصرفات إذا حيد بها عن مقاصدها التي وضعت لها.

أما بشأن إسلام أحد الزوجين أو كليهما معا، فإن الفقهاء قديما وحديثا من يرى بضرورة المحافظة على عقد النكاح لما يحققه من المصالح المعبرة، والحفاظ على كيان الأسرة، وهذا الحكم أخذ بناء على المآلات .

أما بشأن الحضانة، الظاهر والمؤكد من أقوال الفقهاء وأهل القانون، أن مصلحة الطفل فوق كل اعتبار، غير أن مصلحة الطفل هي أن يحافظ على دين أبيه، وأخلاقه، فإذا كانت الحضانة غير مسلمة، هل يتحقق هذا المطلب، وهل المشرع في القانون لاحظ هذا الجانب؟.

وبشأن النسب فإن إلحاق الطفل بأبيه، معتبر في الإسلام، إذا كان من نكاح صحيح، أو طء شبهة، وفي القانون نجد أن المشرع الجزائري، أهتم بهذا الجانب، غير أنه ذكر التبنّي في المادة (13مكرر1) ماذا يقصد المشرع بذلك؟، أم أنه يستعد بقبول إدخال تعديلات على قانون النسب؟.

إن النظر في هذه الأحكام وغيرها، يلاحظ أن الفقهاء في فتاويهم، وأقضيّتهم كان اعتبار المآل حاضرا في أذهانهم، وتجلّى في أحكامهم.

### المبحث الرابع: الحلول العملية في المسائل الشخصية ذات الأثر المالي

لما كان التعايش في إطار الزواج يحدث آثارا مالية، خاصة منها تلك المتعلقة بالأموال، التي تثمرها الحياة الزوجية المشتركة، وضع إطار حمائي يكفل تمتع الزوجة بحقوق منصفة في هذه الأموال، وإلى إقرار مبدأ المساواة والتوازن في الحقوق والواجبات، وتحقيق العدل والإنصاف في العلاقات السائدة بين أفراد الأسرة، سواء أثناء قيام العلاقة الزوجية، أو عند انحلالها بوفاة أو طلاق.

ومن أهم هذه الحقوق المالية نجد النفقة وما يتعلق بها، وكذا الميراث والوصية، على سبيل المثال، وهذا ما سوف أبحث فيه، في هذا المبحث من خلال المطالب الآتية.

#### المطلب الأول: أثر التنازع بين القوانين على الحقوق المالية

إن مسألة المال والحقوق المالية، من المسائل الهامة، التي إن لم يتم الاتفاق عليها بين الزوجين، دب الخلاف في تلك الأسرة، حيث إن المال عصب الحياة، وعليه يقوم أمر الناس، وتحقق مطالبهم، وغالبًا ما تنشأ المشاكل في هذا الموضوع من خلال هذه الأسباب.

#### الفرع الأول: أثر اختلاف الدين في النفقة الزوجية

الطعام والشراب والمسكن والملبس، كلها مقومات للحياة، يحتاج إليها الإنسان، ولا يستطيع الاستغناء عنها؛ كي يستمر عيشه، ويقدر على القيام بأعباء الحياة اليومية من نشاطات مختلفة.

والزوج مسؤول عن توفير هذه الحاجيات لزوجته وأولاده، فيما يعرف بالنفقة<sup>(1)</sup> الزوجية، ونفقة الأولاد، والنفقة التي تجب للإنسان على غيره، وأسباب وجوبها: الزوجية والقرابة<sup>(2)</sup>.  
نتكلم هنا عن نفقة الزوجة ونفقة الأقارب، لا خلاف بين الفقهاء في وجوب نفقة الزوجة المسلمة على زوجها المسلم<sup>(3)</sup>.

(1) النفقة لغة: «الإخراج وهي مشتقة من النفوق»، ونفق الشيء أي فني. ينظر: القونوي قاسم بن عبد الله، أنيس الفقهاء، تحقيق: أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي، منشورات، دار ابن الجوزي، ط1، 1427هـ، ص163.

اصطلاحاً: « ما يلزم المرء صرفه لمن عليه مؤونته من زوجته»، أو هي اسم للشيء، الذي ينفقه الرجل على عياله من طعام وكسوة وسكنى، ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج4 ص188.

(2) ينظر: أميرة مازن عبد الله أبو رعد، أثر اختلاف الدين في أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، ص141.

(3) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج4 ص15، وابن جزري، القوانين الفقهية، ص363، والنووي، روضة الطالبين، ج9 ص40، وابن قدامة، المغني، ج8 ص156.

وقد ثبت ذلك بالقرآن الكريم، قال تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ﴾<sup>(1)</sup>،

وقوله: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>(2)</sup>.

وقوله أيضاً: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ

مِمَّا آتَايَهُ اللَّهُ﴾<sup>(3)</sup>.

وقد ثبت بالسنة أيضاً، حق الزوجة بالنفقة ووجوبها على الزوج، عن عائشة رضي الله عنها قالت: «**جاءت هند بنت عتبة بن ربيعة فقالت: يا رسول الله ﷺ إنَّ أبا سفيان رجل شحيح**<sup>(4)</sup>، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني، إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل عليّ في ذلك جناح؟ فقال رسول الله ﷺ: **خذي من ماله بالمعروف، ما يكفيك ويكفي بنيك**»<sup>(5)</sup>.

وعن جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ خطب الناس فقال: «**اتقوا الله في النساء... - إلى قوله-** ولهنّ عليكم رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف»<sup>(6)</sup>.

وقد أجمع أهل العلم، على وجوب نفقة الزوجة على زوجها<sup>(7)</sup>، ثم إنَّ المرأة قد فرغت نفسها لحق زوجها، فكانت كفايتها عليه<sup>(8)</sup>.

كما أنه لا خلاف في وجوب نفقة الزوجة الكتابية، على زوجها المسلم، والدليل عليه العموم في النصوص السابقة، فإنها ليست مقيدة بإسلام الزوجة، وبالتالي تدخل الكتابية بعموم النص، وتكون نفقتها واجبة على زوجها<sup>(9)</sup>.

(1) الآية 6، من سورة الطلاق .

(2) الآية 233، من سورة البقرة.

(3) الآية 7، من سورة الطلاق .

(4) الشحيح: البخيل الحريص، وهو أعم من البخل، ينظر: آبادي، عون المعبود، ج9 ص325.

(5) صحيح البخاري، كتاب النفقات، رقم الحديث (4635)، وصحيح مسلم بشرح النووي، كتاب الأقضية، ج7 ص111، رقم الحديث (2544).

(6) سبق تخريجه، ص289.

(7) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج4 ص16، وابن قدامة، المغني، ج8 ص156.

(8) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج4 ص16.

(9) ينظر: السرخسي، المبسوط، ج5 ص226، والنووي، روضة الطالبين، ج9 ص40، وابن قدامة، المغني، ج8 ص162.



لكنّ الخلاف بين الفقهاء، في وجوب النفقة على الزوجة، في حالة ردة أحد الزوجين، أو إسلام أحدهما دون الآخر على النحو الآتي:  
**أولاً: إسلام الزوجة وإبائه الزوج الإسلام**  
 اختلف الفقهاء في نفقة الزوجة التي أسلمت، دون زوجها، بين رأيين مختلفين، لهما في ذلك تفصيل، وبيان ذلك ما يلي.

### 1- الرأي الأول

إذا وقعت الفرقة بين الزوجين؛ بسبب إسلام المرأة وإبائه الزوج الإسلام، فإنّ النفقة واجبة للزوجة مدة العدة، سواء أسلم الزوج خلال العدة، أو انتهت العدة بعدم إسلامه، وهو رأي الحنفية، والقول المختار عند المالكية، والصحيح عند الشافعية، والحنابلة<sup>(1)</sup>.  
 واستدلوا بما يلي:

— إن الزوج ارتكب معصية بامتناعه عن الإسلام، وهو سبب في حصول الفرقة بين الزوجين، وله أن يبقىها في عصمته لو أنه أسلم، وكفره معصية، كان هو سببها، فوجبت نفقتها عليه<sup>(2)</sup>.  
 لأن الزوج بإبائه الإسلام قد فوّت إمساك زوجته بالمعروف، فكان واجباً عليه تسريحها بإحسان، وإنفاقه على زوجته من التسريح بإحسان<sup>(3)</sup>.

### 2- الرأي الثاني

إذا وقعت الفرقة بين الزوجين؛ بسبب إسلام المرأة وامتناع زوجها عن الإسلام، فإنه لا نفقة لها على زوجها، وهو رأي الشافعية في قول، والمالكية في قول، وابن القيم<sup>(4)</sup>.  
 واستدلوا بما يلي:

أ- إن الفرقة حصلت بسبب الزوجة، وهو إسلامها، وبه يحرم تمكينه منها، حتى ولو كان إسلامها طاعة، فإنّ حج الزوجة بغير إذن زوجها طاعة أيضاً، وهو كذلك مسقط للنفقة<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: السرخسي، المبسوط، ج5 ص200، والمواق، التاج والإكليل، ج3 ص478، والشيرازي، المهذب، ج2 ص160، وابن قدامة، عبد الله بن أحمد، عمدة الفقه، مكتبة الطرفين، الطائف، ج1 ص113.

(2) ينظر: الشيرازي، المهذب، ج2 ص160.

(3) ينظر: السرخسي، المبسوط، ج5 ص201.

(4) ينظر: المواق، التاج والإكليل، ج3 ص478، والشيرازي، المهذب، ج2 ص160، وابن القيم، أحكام أهل الذمة، ج2 ص662.

(5) ينظر: الشيرازي، المهذب، ج2 ص160.

ب- إن المرأة بإسلامها تبين من زوجها، والبائن لا نفقة لها<sup>(1)</sup>.

ونوقشت هذه الأدلة بما يلي:

أ- إن إسلام الزوجة وقته مضيق، أما الحج فوقته موسع، فلا قياس<sup>(2)</sup>.

ب- إنه عند امتناع الزوج عن الإسلام، تنتظر المرأة فترة العدة، مع حرمة المعاشرة، فإن أسلم قبل انقضائها، النكاح باقٍ على حاله، دون حاجة إلى عقد جديد، وتكون كالمطلقة طلاقاً رجعيًا وبالتالي تجب لها النفقة<sup>(3)</sup>.

وقد رأى ابن القيم، أن المرأة في حال إسلامها لها الخيار، في أن تنتظر إسلام زوجها مهما طالت المدة، مع حرمة المعاشرة الزوجية، ولا نفقة لها في هذه الحالة<sup>(4)</sup>، ويعلل رأيه قائلاً: «لأنه - أي الزوج - ليس زوجًا مالگًا لعصمتها من كل وجه، ولا يحتاج إذا أسلم إلى ابتداء عقد يحتاج فيه إلى ولي، وشهود ومهر، بل إسلامه بمنزلة قبوله للنكاح، وانتظارها بمنزلة الإيجاب»<sup>(5)</sup>.

### 3- الرأي الراجح

بعد اطلعنا على أدلة كل فريق، ومدى قوتها من ناحية الاستدلال، يتبين أن أدلة الفريق الأول حجهم قوية، وبالتالي تجب نفقة العدة للزوجة على زوجها، في حال إسلام الزوجة وامتناع الزوج الإسلام والله أعلم.

(1) ينظر: المواق، الناج والإكليل، ج3 ص468.

(2) ينظر: الشيرازي، المهذب، ج2 ص160.

(3) ينظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج3 ص201.

(4) ينظر: أميرة مازن عبد الله أبو رعد، أثر اختلاف الدين في أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، ص144.

(5) ينظر: ابن القيم، أحكام أهل الذمة، ج2 ص662.

## ثانياً: إسلام الزوج وإبء الزوجة الإسلام

مما سبق لحظنا، أن نفقة العدة تجب على الزوج، في حال إسلام الزوجة وامتناعه، فما هو حكم النفقة، إذا أسلم هو وأبت الزوجة الإسلام؟.

### 1- الرأي الأول

إذا أسلم الزوج، وكانت زوجته من غير أهل الكتاب وأبت الإسلام، فقد ذهب الحنفية والمالكية، والشافعية في قول، والحنابلة، إلى عدم وجوب النفقة على الزوجة، أما السكنى فلا تسقط؛ لأنها حقٌّ للزوجة على زوجها<sup>(1)</sup>.  
واستدلوا بالأدلة الآتية:

إن الفرقة حصلت بسبب امتناع الزوجة عن الإسلام، والزوج في هذه الحال لا يُمكن من امرأته، فتكون الزوجة في حكم الناشز، والناشز لا نفقة لها، لارتكابها معصية أوجبت الفرقة<sup>(2)</sup>.

### 2- الرأي الثاني

إن النفقة تجب للزوجة في حال إسلام الزوج، وامتناعها عن الإسلام، وهو رأي الشافعية في قول آخر؛ والسبب أنه لا ذنب لها بإسلام زوجها، والفرقة حصلت بسببه<sup>(3)</sup>.  
أما ابن القيم، يرى أنه في حالة إسلام الزوج، وامتناع المرأة الإسلام، فإنه يفرق بينهما إن اختارت الفرقة وعدم الانتظار، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾<sup>(4)</sup>، فلا نفقة<sup>(5)</sup>.

### 3- الرأي الرابع

يعتبر الرأي الأخير، من خلال ما أستدل به هو الأقوى، وبالتالي يترجح على غيره، والله أعلم.

<sup>(1)</sup> ينظر: السرخسي، المبسوط، ج5 ص200، والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2 ص268، والشيرازي، المهذب، ج2 ص160، وابن قدامة، عمدة الفقه، ج1 ص113.

<sup>(2)</sup> ينظر: السرخسي، المبسوط، ج5 ص200، و الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2 ص268، و الشيرازي، المهذب، ج2 ص160، وابن قدامة، عمدة الفقه، ج1 ص113.

<sup>(3)</sup> ينظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج3 ص201.

<sup>(4)</sup> الآية 10، من سورة الممتحنة.

<sup>(5)</sup> ينظر: ابن القيم، أحكام أهل الذمة، ج2 ص663.

### ثالثاً: ردة أحد الزوجين و الزوج كان هو المرتد

إن ردة أحد الزوجين، سبب مسقط للنفقة، لكن متى تسقط النفقة، بعد العدة؟، أم أثناءها؟. اختلف الفقهاء في ذلك، وهو ما سأوضحه من خلال العناصر الآتية.

#### 1- الرأي الأول

تجب النفقة للزوجة على زوجها، حتى تنقضي العدة، ما دام الزوج لم يقتل، وهو رأي الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة<sup>(1)</sup>.

واستدلوا بما يأتي:

إن الفرقة وقعت بسبب ردة الزوج، وهو سبب محذور، ولا ذنب للزوجة حتى تحرم من النفقة، ومع كؤن المعاشرة الزوجية محرمة بينهما، إلا أنه يملك معاشرتها في أي وقت، يرجع فيه عن رده، ما دامت في العدة<sup>(2)</sup>.

#### 2- الرأي الثاني

لا تجب نفقة الزوجة على زوجها، في حال رده؛ إلا إذا كانت المرأة حاملاً، ودليلهم أن المرأة تبين من زوجها حال رده، و البائن لا نفقة لها، وهو رأي المالكية<sup>(3)</sup>.

#### 3- الرأي الرابع

يتبين مما سبق، أنّ الرأي الرابع، هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وهو استحقاق الزوجة للنفقة، فهي لم ترتكب ذنباً، والفرقة حصلت بسبب معصية الزوج، والله تعالى أعلم.

#### رابعاً: في حالة ردة الزوجة

أما إذا ارتدت الزوجة، فما هو حكم النفقة، وهو ما سأوضحه.

#### 1- الرأي الأول

إن الزوجة المرتدة، لا حق لها في النفقة على زوجها، وهو رأي الجمهور الحنفية في قول، والمالكية والشافعية والحنابلة<sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج4 ص16،17، والشيرازي، المهذب، ج2 ص160، والشربيني، مغني المحتاج، ج3 ص402، وابن قدامة، عمدة الفقه، ج1 ص113.

<sup>(2)</sup> ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج4 ص16،17، والشيرازي، المهذب، ج2 ص160، والشربيني، مغني المحتاج، ج3 ص402، وابن قدامة، عمدة الفقه، ج1 ص113.

<sup>(3)</sup> ينظر: المواق، التاج والإكليل، ج4 ص166.

<sup>(4)</sup> ينظر: أميرة مازن عبد الله أبو رعد، أثر اختلاف الدين في أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، ص147.

واستدلوا بالأدلة الآتية:

- أ- إن المرأة بارتدادها، منعت زوجها من التمكن منها، فتكون في حكم الناشز، فلا نفقة لها.  
ب- إن الفرقة وقعت بسبب معصية الزوجة، وهي بذلك تستحق العقوبة والحرمان، كالمقاتل يحرم من الميراث بسبب قتله مورثه<sup>(1)</sup>.

## 2- الرأي الثاني

إن الزوجة تستحق النفقة؛ لأنها ما زالت في عصمته خلال فترة العدة، ولا يسمح لها بالزواج بآخر، فهي محبوسة على زوجها، وهو القول الثاني للحنفية<sup>(2)</sup>.

## 3- الرأي الرابع

الرأي الرابع هو رأي الجمهور لقوة أدلتهم؛ ولأنّ الزوجة ارتكبت محظوراً بردتها، كالنشوز فناسب ذلك حرمانها من النفقة، والله أعلم.

## الفرع الثاني: أثر اختلاف الدين في نفقة الأقارب

اختلف الفقهاء في طبيعة القرابة الموجبة للنفقة على النحو الآتي:

### أولاً: الحنفية

تجب النفقة عند الحنفية للأقارب المحرّمين، أي لكل ذي رحم محرم، لقوله تعالى:

﴿وَأَعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي

الْقُرْبَىٰ﴾<sup>(3)</sup>، وقال عليه السلام أيضاً: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾<sup>(4)</sup>، ومعنى الآية أنّ النفقة

واجبة، لكل ذي رحم فقير على من يرثونه، وكلمة (على) للإيجاب<sup>(5)</sup>.

<sup>(1)</sup> ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج4ص17، و المواق، التاج والإكليل، ج4 ص 166، والشيرازي، المهذب، ج2ص

160 وابن قدامة، المغني، ج7ص 133.

<sup>(2)</sup> ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج4ص 17.

<sup>(3)</sup> الآية 36، من سورة النساء .

<sup>(4)</sup> الآية 231، من سورة البقرة .

<sup>(5)</sup> ينظر: السرخسي، المبسوط، ج 5 ص223، وابن نجيم، البحر الرائق، ج 4 ص233.

### ثانياً: المالكية

تجب النفقة عند المالكية، للأصول والفروع المباشرين فقط، فتجب للوالدين على أولادهما، وللأولاد على والديهم، ولا تجب للأجداد والجندات، ولا لأولاد الأولاد<sup>(1)</sup>.

لقوله تعالى: ﴿وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾<sup>(2)</sup>، وقوله أيضاً: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>(3)</sup>.

### ثالثاً: الشافعية

تجب النفقة عند الشافعية للأصول، وإن علوا، وللفروع وإن سفلوا؛ لأن اسم الوالدين يشمل الآباء والأجداد<sup>(4)</sup>، قال تعالى: ﴿مِثْلَ آبَائِكُمْ وَإِبْرَاهِيمَ﴾<sup>(5)</sup>، وقوله تعالى: ﴿يَلْبَسْ عَادَمَ خُدُوًا﴾<sup>(6)</sup>، وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلاً جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: «يا رسول الله عندي دينار فقال: أنفقه على نفسك، قال: عندي آخر، فقال: أنفقه على ولدك، قال: عندي آخر، فقال: أنفقه على أهلك...»<sup>(7)</sup>.

### رابعاً: الحنابلة

تجب النفقة عند الحنابلة، لكل قريب يرث قريبه بالفرض أو التعصيب، ولا تشترط المحرمية، فتجب النفقة على الأصول والفروع، والحواشي<sup>(8)</sup>، كالإخوة وأبنائهم، والأعمام وأبنائهم،

(1) ينظر: الداسوقي، حاشية الدسوقي، ج2 ص 522-524.

(2) الآية 36، من سورة النساء .

(3) الآية 231، من سورة البقرة .

(4) ينظر: الشيرازي، المهذب، ج2 ص166.

(5) الآية 76، من سورة الحج.

(6) الآية 29، من سورة الأعراف.

(7) ينظر: البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، ج7 ص 466، قال عنه الألباني حديث حسن، الألباني، مختصر إرواء الغليل،

ج1 ص 172.

(8) الحواشي: «الأقارب من غير ذوي عمودي النسب - الأصول والفروع - كالإخوة وأبنائ الإخوة»، ينظر: السرطاوي،

شرح قانون الأحوال الشخصية، ج3 ص614.

فابن العم مثلاً يستحق النفقة على ابن عمه؛ لأنه وارث عند الحنابلة، ولا يستحقها؛ لأنه غير محرم عند الحنفية<sup>(1)</sup>، ودليلهم قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾<sup>(2)</sup>.

ومن شروط النفقة اتحاد الدين<sup>(3)</sup>، وقد اختلف الفقهاء في اشتراط اتحاد الدين للإنفاق على القريب، على النحو الآتي:

### 1- القول الأول

لا يشترط اتحاد الدين، في وجوب نفقة القريب على قريبه، فينفق المسلم على قريبه الكافر، وتقبل نفقته عليه، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية، وأحد قولي الحنابلة<sup>(4)</sup>.  
واستدلوا بالأدلة الآتية:

أ- عموم الأدلة التي تدل على وجوب الإنفاق، كقوله تعالى: ﴿وَفَضِي رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا آفٍ وَلَا تَنْهَرْهُمَا﴾<sup>(5)</sup>، ولا شك أن الإنفاق عليهما من الإحسان، كما أنهما يتأذيان بترك الإنفاق<sup>(6)</sup>.

ب- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ جَاهِدَاكَ عَلَىٰ أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبَيْهِمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوبًا﴾<sup>(7)</sup>.

وليس من المعروف، ترك الوالدين الفقيرين من غير نفقة<sup>(8)</sup>.

(1) ينظر: ابن قدامة، المغني، ج8 ص 168-170.

(2) من الآية 231، من سورة البقرة.

(3) ينظر: أميرة مازن عبد الله أبو رعد، أثر اختلاف الدين في أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، ص 149.

(4) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج 4 ص 30-36، وابن جزري، القوانين الفقهية، ص 363، والنووي، روضة الطالبين،

ج9 ص 83، وابن قدامة، المغني، ج8 ص 170.

(5) الآية 23، من سورة الإسراء.

(6) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج4 ص 30.

(7) الآية 15، من سورة لقمان.

(8) ينظر: أميرة مازن عبد الله أبو رعد، أثر اختلاف الدين في أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، ص 141.

ج- ما روته السيدة عائشة رضي الله عنها، أن رسول الله ﷺ قال: لهند زوج أبي سفيان حين شكت إلى رسول الله ﷺ شح زوجها، فقال: «**خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك**»<sup>(1)</sup>، وجه الدلالة أنه مطلق، سواء كان الولد مسلماً، أو كافراً.

د- قول الرسول ﷺ: «**إِنَّ أَطْيَبَ مَا أَكَلَ الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ وَإِنَّ وِلْدَهُ مِنْ كَسْبِهِ**»<sup>(2)</sup>، مما يدل على أنّ الولد ملك لوالده، فتجب نفقته عليه سواء كان مسلماً أو كافراً.

هـ- إجماع أهل العلم، على أنّ نفقة الوالدين الفقيرين، واجبة على أولادهما، وهو مطلق سواء اختلف الدين بين الآباء وأولادهم، أم لا<sup>(3)</sup>.

و- ثم إن القريب بعض من قريبه، والإنسان لا يمنع نفقة نفسه بسبب الكفر، وكذلك لا يمنع نفقة جزئه، أو بعضه بمانع الكفر<sup>(4)</sup>.

ز- قياساً على نفقة الزوجة<sup>(5)</sup>.

وقد رجّح ابن القيم هذا الرأي، قائلاً: «الصحيح وجوبها مع اختلاف الدين»<sup>(6)</sup>.

وقد استثنى الحنفية الأقارب من غير الأصول والفروع، فاشتروا فيهم اتحاد الدين، لعدم أهلية الإرث<sup>(7)</sup>.

(1) سبق تخريجه ص 327.

(2) أبو داود، سنن أبي داود، ج3 ص288، وصححه الألباني: مشكاة المصابيح، ج5 ص844، وقال عنه الألباني: حديث صحيح، الألباني، مختصر إرواء الغليل، ج1 ص429.

(3) ينظر: ابن قدامة، المغني، ج8 ص169.

(4) ينظر: المرغيناني، الهداية، ج2 ص46.

(5) ينظر: المرغيناني، الهداية، ج2 ص46.

(6) ينظر: ابن القيم، أحكام أهل الذمة، ج2 ص907.

(7) ينظر: السرخسي، المبسوط، ج5 ص226.



## 2- القول الثاني

يشترط اتحاد الدين لوجوب النفقة على الأقارب، وهو القول المعتمد عند الحنابلة<sup>(1)</sup>.  
واستدلوا بالأدلة الآتية:

قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ إلى قوله تعالى:

﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾<sup>(2)</sup>، فلا تجب النفقة للقريب مع اختلاف دينه لعدم الإرث؛

ولأن النفقة تعدّ من باب البر والصلة، فلا تجب مع اختلاف الدين<sup>(3)</sup>.

أما بالنسبة للنفقة على القريب المحارب، فإنها غير واجبة مع اختلاف الدين، وذلك لأنّ الله تعالى نهانا عن بر من يقاتلنا في الدين، وهو رأي الجمهور باستثناء الكاساني<sup>(4)</sup>، الذي لم يجعل اختلاف الدار مسقطاً للنفقة، وبالتالي تجب النفقة للمسلم على قريبه الذمي والحربي وبالعكس<sup>(5)</sup>.

## 3- الرأي الراجح

يترجح رأي جمهور الفقهاء، وهو وجوب النفقة مع اختلاف الدين، لقوة أدلتهم، فالنصوص التي استدلوها بها بعضها مطلقة، وبعضها واردة في بر الوالدين الكافرين، وقد ردّ على استدلال بعض الحنابلة بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾<sup>(6)</sup>، بأن المراد ب (مثل ذلك)، نفي المضارة، وهو رأي ابن عباس رضي الله عنهما، والله أعلم.

(1) ينظر: ابن قدامة، المغني، ج8 ص 170.

(2) من الآية 231، من سورة البقرة.

(3) ينظر: ابن قدامة، المغني، ج8 ص 170.

(4) أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني (أو الكاشاني، يروي بكليهما)، علاء الدين: فقيه حنفي، من أهل حلب، له (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع)، و (السلطان المبين في أصول الدين)، توفي في حلب سنة 587هـ، ينظر: أبو الحسنات محمد اللكنوي، الفوائد البهية في تراجم الحنفية، تصحيح: محمد بدر الدين النعساني، دار المعرفة، بيروت، ص53، و محي الدين أبو محمد، عبدالقادر، الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية، تحقيق: عبدالفتاح محمد الحلوة، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، 1398هـ - 1978م، ج1 ص171.

(5) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج4 ص36،37، والشرييني، مغني المحتاج، ج3 ص447، وابن قدامة، المغني، ج7 ص133.

(6) من الآية 231، من سورة البقرة.

### الفرع الثالث: النفقة في القانون الدولي الخاص

تترتب النفقة بمناسبة عدة أسباب، فقد تكون نفقة بسبب الزواج، أو بسبب القرابة، وتخضع النفقة بشكل عام لقانون المدين بها<sup>(1)</sup>، وقد أخذ بهذه القاعدة المشرع العراقي في المادة (21) مدني والتي نصت على أن: «الالتزام بالنفقة يسري عليه قانون المدين بها»، وهذا هو حكم بقية التشريعات العربية<sup>(2)</sup>.

ويختلف المدين بالنفقة، حسب طبيعة العلاقة، وسبب الدين فقد تكون النفقة زوجية، فيكون سبب النفقة هنا الزواج، يكون المدين بها الزوج، وبأثر ذلك يكون الاختصاص لحساب قانون جنسية الزوج وقت الزواج<sup>(3)</sup>.

وقد تكون النفقة بسبب الطلاق، فنفرق هنا بين النفقة المؤقتة، حيث تخضع لقانون المحكمة المقام أمامها دعوى الطلاق، وقد تكون نفقة للزوجة و الأولاد، بعد الحكم بها من قبل المحكمة، فيكون الاختصاص فيها لقانون الزوج وقت استحقاقها<sup>(4)</sup>.

أما نفقة الأبناء فتكون على الأب وقت الميلاد، وتخضع لقانون الأخير، كما تخضع نفقة الآباء على الأبناء، لقانون الابن وقت استحقاقها، أي وقت النطق بالحكم بها<sup>(5)</sup>.

والحكمة من إخضاع آثار الزواج المالية لقانون الزوج؛ لأنه يؤدي إلى وحدة القانون الواجب التطبيق، ولتلافي مشكلة التنازع المتحرك.

<sup>(1)</sup> ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص 229.

<sup>(2)</sup> المادة رقم (45)، من قانون رقم 5 لسنة 1961م بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي (1961/5) الكويت، مادة (15) القانون المدني: جمهورية مصر العربية قانون رقم 131 لسنة 1948م، بتاريخ 29/7/1948م، المادة (16) قانون رقم (43) لعام 1976م، القانون المدني الأردني، والمادة (14) القانون المدني الجزائري بعد تعديلها بموجب الأمر 10-05.

<sup>(3)</sup> يذهب الفقه المصري، إلى عد النفقة الزوجية من الآثار الشخصية لعقد الزواج، وتخضع لقانون الجنسية الزوج، وقت انعقاد الزواج، المادة (13فقرة1) مدني مصري، وهو ما ذهب إليه القانون المدني السوري المادة، (14)، والجدير بالذكر أن جميع القوانين المذكورة فرقت بين نفقة الزوجة، ونفقة الأقارب. ينظر: السيد خليل إبراهيم محمد، تنازع القوانين في مسألة النفقة، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد(11)، العدد(40)، السنة(2009م)، ص81،82.

<sup>(4)</sup> المادة (61) من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>(5)</sup> فيما يتعلق بالمادة (75) من قانون الأسرة الجزائري، التي تؤكد على أنه ملزم بعد الطلاق بدفع النفقة لابنه، الذي لا يملك المال إلى بلوغه سن الرشد الذي حدده المشرع الجزائري بـ19 سنة، أما الفتاة فإلى زواجها ودخولها، أما إذا كان الابن يعاني من عجز أو إعاقة، فإنه يجب على الأب الاستمرار في الإنفاق عليه رغم بلوغه سن الرشد.

والعبرة بقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، ومن ثم فلا يؤثر تغيير جنسية الزوج على القانون الذي يحكم النفقة، والأخذ بهذا المبدأ يؤدي إلى تأمين واستقرار آثار الزواج<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني: التنازع بين القوانين على الوصية

يتفق الفقهاء الذين عرفوا الوصية<sup>(2)</sup>، لا تملك إلا بعد الموت؛ أي موت الموصي، على الرغم من اختلاف عباراتهم عند وضعهم لتعريف الوصية.

غير أنه قد يختلف دين الموصي، عن دين الموصى له، كأن يكون أحدهما مسلماً، والآخر غير مسلم، فما حكم الوصية في هذه الحالة؟، وغير المسلم قد يكون كافراً أصلياً، وقد يكون مرتداً، وهذا ما سوف أتناوله في الفرعين الآتيين.

### الفرع الأول: الوصية بين المسلم والكافر الأصلي

فرق العلماء بين الوصية التي تكون بين المسلم، والكافر، وبين المسلم والمترد، واختلفوا في جوازها، على آراء متفرقة وهو ما تناولته بالبحث في العناصر الآتية.

### أولاً: وصية المسلم للكافر

قد يختلف دين الموصي والموصى له، فإذا كان الموصي مسلماً أو ذمياً، وكان الموصى له حربياً أو مستأمناً، وبالعكس، يحدث بذلك اختلاف الدارين بين الطرفين في الوصية، فهل اختلاف الدار بين طرفي الوصية يؤثر في حكمها أم لا؟<sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> ينظر: إسماعيل لطفى فطاني، الوصية بين مختلفي الدار (1-3)، الموقع، <http://main.islammmessage.com>

تاريخ الزيارة 2014/05/16م.

<sup>(2)</sup> تعريف الوصية لغةً: أوصى الرجل ووصاه: عهد إليه، وأوصيت له بشيء، وسميت وصية لاتصالها بأمر الميت. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج9 ص324، الفيروز، القاموس المحيط، ص134. مادة ( وصي).

شرعاً: هو «تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع»، الكاساني، بدائع الصنائع، ج6 ص427.

أو: «عَقْدٌ يُوجِبُ حَقًّا فِي ثُلُثِ عَاقِدِهِ يَلْزَمُ بِمَوْتِهِ أَوْ نِيَابَةً عَنْهُ بَعْدَهُ»، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج4 ص422.

تعريف الوصية في القانون: عرف المشرع العراقي الوصية في المادة (64) من قانون الأحوال الشخصية: فقال «الوصية: تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض». قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959م، وهو تعريف مستنبط من تعاريف الفقهاء لها.

عرفها المشرع الجزائري في المادة (184) قانون الأسرة بقوله: «الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع».

<sup>(3)</sup> ينظر: السيد خليل إبراهيم محمد، تنازع القوانين في مسألة النفقة، ص83.

اختلفت آراء الفقهاء في ذلك، على الوجه الآتي:

### 1- الرأي الأول

تصح وصية المسلم، أو الذمي للمستأمن، لا الحربي وبالعكس، فإذا دخل الحربي دار الإسلام بأمان، تصح وصية المسلم أو الذمي له، كما تصح وصيته للمسلم أو الذمي، أما الحربي في دار الحرب، فلا تصح وصية المسلم أو الذمي له، كما لا تصح وصيته لهما، وهو رأي الحنفية، والمعتمد في المذهب المالكي، وقول للشافعية والحنابلة، وغيرهم<sup>(1)</sup>.

قال الكاساني: « وكذا الحربي المستأمن، إذا أوصى للمسلم أو الذمي تصح وصيته »<sup>(2)</sup>، وعلق على ذلك صاحب الكفاية<sup>(3)</sup>، فقال: « لو أوصى الذمي في دار الإسلام لحربي في دار الحرب لم يجز؛ لتباين الدارين بينهما، حقيقة وحكماً »<sup>(4)</sup>.

وتوضيح ذلك: « لو أوصى مسلم لحربي، والحربي في دار الحرب لا تجوز، فإن خرج الحربي الموصى له إلى دار الإسلام بأمان، وأراد أخذ وصيته لم يكن له من ذلك شيء، وإن أجازت الورثة؛ لأن الوصية وقعت بصفة البطلان »<sup>(5)</sup>.

وأوضح الخرشي<sup>(6)</sup>، بعدما تكلم عن صحة الوصية للذمي، ما يحتمل بالنسبة للحربي، فقال: « يحتمل اعتبار المفهوم فيمنع للحربي، ولا يصح له وهو قول أصبغ<sup>(7)</sup>، ويحتمل أن لا يكون

<sup>(1)</sup> ينظر: الكسائي، بدائع الصنائع ج7 ص335، والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج4 ص379، النووي، المجموع ج14 ص326، المرادوي، الإنصاف، ج7 ص222.

<sup>(2)</sup> ينظر: الكسائي، بدائع الصنائع ج7 ص353.

<sup>(3)</sup> هو العلامة جلال الدين الخوارزمي الكرلاني الحنفي، والكفاية هي حاشية على الهداية بداية المبتدي، ينظر: محمد عبد الحي اللكنوي، الفوائد البهية، المطبع المصطفائي المحمدي، الهند، 1293 هـ ص58.

<sup>(4)</sup> ينظر: الخطيب البغدادي، الكفاية، ج6 ص419.

<sup>(5)</sup> ينظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج9 ص355، 356.

<sup>(6)</sup> هو محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، أبو عبد الله، أول من تولى مشيخة الأزهر، نسبته إلى قرية يقال لها: خراش بمصر، ومن مؤلفاته: فتح الجليل على مختصر خليل، مات سنة 1101 هـ بالقاهرة، ينظر: محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، ج1 ص459، والزركلي، الأعلام، ج6 ص240.

<sup>(7)</sup> هو أصبغ بن الفرغ بن سعيد بن نافع، فقيه من كبار المالكية بمصر، قال ابن الماجشون: « ما أخرجت مصر مثل أصبغ » له مؤلفات، مات سنة 225 هـ ينظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، ص222، الزركلي، الأعلام ج1 ص333.

مفهوم مخالفة مساواة المسكوت عنه للمنطوق، وهو مقتضى كلام عبد الوهاب<sup>(1)</sup>، في الإشراف<sup>(2)</sup>.

وقال بعض الشافعية مثل أبي العباس القاص<sup>(3)</sup>، وابن سراقه<sup>(4)</sup>: «إنه لا يصح الوصية لأهل الحرب»<sup>(5)</sup>.

وقال صاحب الأزهار: «وتصح للذمي»<sup>(6)</sup>، ومفهومه أنها لا تصح للكافر الحربي، والمستأمن كالذمي<sup>(7)</sup>.

## 2- أدلة الرأي الأول ومناقشتها

استدل أصحاب هذا الرأي، بمجموعة من الأدلة، كما يلي:

الأول قوله تعالى: ﴿لَا يَنْهَيْكُمْ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُفْتَلَوْكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُواكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾<sup>(8)</sup>، وقوله: ﴿إِنَّمَا يَنْهَيْكُمْ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ فَتَلَوْكُمْ فِي الدِّينِ

(1) هو عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي، أبو محمد، البغدادي، قاض من فقهاء المالكية، ولد ببغداد سنة 362هـ له مؤلفات منها: الإشراف على مسائل الخلاف، مات سنة 422هـ. الزكلي، الأعلام، ج 4 ص 184، والقاضي عياض، ترتيب المدارك، تحقيق: محمد بن تاويت الطنجي، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، ج 1 ص 228، 229.

(2) ينظر: الخرخشي، شرح الخرخشي، ج 8 ص 170.

(3) هو أحمد بن أبي أحمد الطبري البغدادي، أبو العباس، المعروف بابن القاص، عاش أولاً في طبرستان، ثم طرشوش، من فقهاء الشافعية، له مؤلفات منها: التلخيص في الفقه، مات سنة 335هـ، ينظر: السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، ج 2 ص 103، 104، والذهبي، سير أعلام النبلاء، ج 15 ص 371.

(4) هو محمد بن يحيى بن سراقه العامري، أبو الحسن، من أهل البصرة، صاحب التصانيف في فقه الشافعي، مات نحو سنة 410هـ. ينظر: السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، ج 3 ص 86، والذهبي، سير أعلام النبلاء، ج 17 ص 281.

(5) ينظر: النووي، المجموع، ج 14 ص 323، 326.

(6) ينظر: محمد بن علي الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تحقيق: محمود إبراهيم زايد، وزارة الأوقاف، القاهرة، 1408هـ-1988م، ج 4 ص 479.

(7) ينظر: عبد الكريم زيدان، أحكام الذميين والمستأمنين، ص 500.

(8) الآية 8، من سورة الممتحنة.

وَأَخْرَجُوكُمْ مِّن دِيَارِكُمْ وَظَاهَرُوا عَلَىٰ إِخْرَاجِكُمْ أَن تَوَلَّوْهُمْ وَمَن يَتَوَلَّهُمْ فَإِنَّهُ يَكُ مِنَ الظَّالِمِينَ ﴿١﴾.

وجه الاستدلال: تفيد الآية الكريمة، أن من قاتلنا لا يحل بره، والوصية من البر، فلا تصح الوصية للحربي<sup>(٢)</sup>.

ويرد على هذا الاستدلال: بأن النهي عن اتخاذ الكفار أولياء، لا يقتضي النهي عن الإحسان إليهم والبر لهم<sup>(٣)</sup>، وعلى هذا سار الذين يقولون بصحة الوصية للكفار مطلقاً، بأن الآية حجة لنا فيمن لم يقاتلنا، فأما المقاتل فقد نهت بمنطوقها عن توليه، لا عن بره والوصية له، والمنطوق مقدم على المفهوم<sup>(٤)</sup>.

وقال الشافعي: « وكانت الصلة بالمال، والبر والإقساط، ولين الكلام والمراسلة بحكم الله غير ما نُهوا عنه، من الولاية لمن نهو عن الولاية مع المظاهرة على المسلمين، وذلك أنه أباح برّ من لم يظاهر عليهم من المشركين، والإقساط إليهم، ولم يحرم ذلك إلى من ظهر عليهم، بل ذكر الذين ظاهروا عليهم، فنهاهم عن ولايتهم، وكان الولاية غير البر والإقساط»<sup>(٥)</sup>.  
والثاني: أن في صحة الوصية من المسلم، أو الذمي للحربي، إعانة له على الحرب، وإحاق الضرر بالمسلمين، وهو غير جائز، أما المستأمن فلأنه في عهدنا، فأشبه الذمي الذي هو في عهدنا<sup>(٦)</sup>.  
ويرد على ذلك بما يلي:

أولاً: أنه كان من المحتمل، أن تكون صحة الوصية من المسلم أو الذمي للحربي، إعانة له على الحراب، فإنه يحتمل أيضاً أن تكون إعانة له على الإنصاف، ودفع الاعتداء منه، وتشجيعاً له على اعتناق دين الإسلام، كما حصل في قصة عمر بن الخطاب رضي الله عنه مع أخيه المشرك، حيث أسلم بعدما أحس محاسن الإسلام، خلال تصرفات عمر رضي الله عنه الحسنة تجاهه<sup>(٧)</sup>.

(١) الآية ٩، من سورة الممتحنة.

(٢) ينظر: النووي، المجموع، ج ١٤ ص ٣٢٦، وابن قدامة، المغني، ج ٦ ص ١٠٤.

(٣) ينظر: الألوسي، روح المعاني، ج ٢٨ ص ٦٥.

(٤) ينظر: النووي، المجموع، ج ١٤ ص ٣٢٦، ٣٢٧، وابن قدامة، المغني، ج ٦ ص ١٠٤.

(٥) ينظر: الشافعي، أحكام القرآن للشافعي، ج ٢ ص ١٩٣.

(٦) ينظر: الكساني، بدائع الصنائع، ج ٧ ص ٣٤١، والخرشي، شرح الخرشي، ج ٧ ص ٨٢.

(٧) ينظر: ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج ٢٢ ص ١٤٤.

الثاني: إن صحة الوصية للحربي، فيها جانب من المودة المنهي عنها، بل الوصية نفسها نوع من المودة، فيدخل تحت النهي<sup>(1)</sup>.

ويرد على ذلك: بأن الولاية فيها المودة، فلا تتم الولاية بدون المودة، فهي حال لازمة، وليست الوصية من الولاية، وإنما هي من الإحسان العام، ومن أنواع البر المأذون فيها<sup>(2)</sup>.  
الثالث: لما جازت الهبة للذمي أو المستأمن، وهي أمضى عطية من الوصية، كان جواز الوصية أولى<sup>(3)</sup>.

ويرد على ذلك: بأنه لم يخصص جواز الهبة للذمي فقط، وإنما كذلك للحربي، فتصح الوصية له كما تصح للذمي<sup>(4)</sup>.

ويجاب عنه: «بأنه جازت الهبة للحربي دون الوصية؛ لأن ملك الحربي غير لازم، وماله غير معصوم، ولا يجب دفع ماله إليه، بل يباح الاستيلاء عليه»<sup>(5)</sup>.  
ويؤخذ على هذا الجواب: «بأن أموال الحربيين إنما أبيحت بالمغالبة، أما الوصية ففيها معنى المسألة؛ فافتراقاً»<sup>(6)</sup>.

الرابع: إن القصد من الوصية القربة إلى الله، بنفع يعود إلى الموصى له، وقد أمرنا بقتل الحربي وأخذ سلبه<sup>(7)</sup>، فلا معنى للوصية مع قيام هذا كله<sup>(8)</sup>.  
ويرد على ذلك: بأن الأمر بقتل الموصى له، لا يمنع من صحة الوصية له، لصحة الوصية للزاني المحصن بالاتفاق، مع أنه يقتل<sup>(9)</sup>.

(1) ينظر: ابن العلامة، إيضاح الفوائد ج2 ص487.

(2) ينظر: إسماعيل لطفی فطاني، الوصية بين مختلفي الدار (1-3)، الموقع، <http://main.islammmessage.com>، تاريخ الزيارة 2014/05/16م.

(3) ينظر: ابن قدامة، المغني، ج6 ص104.

(4) ينظر: إسماعيل لطفی فطاني، الوصية بين مختلفي الدار (1-3)، الموقع، <http://main.islammmessage.com>، تاريخ الزيارة 2014/05/16م.

(5) ينظر: النووي، المهذب وشرحه تكملة المجموع، ج14 ص327.

(6) ينظر: بدران أبو العينين بدران، العلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين، دار النهضة العربية، بيروت ص177.

(7) السلب: هو ما كان يده عليه من جنة الحرب، كالثياب التي يقاتل فيها والسلاح الذي يقاتل به، والمركوب الذي يقاتل عليه، ينظر: النووي، المهذب وشرحه المجموع، ج18 ص111.

(8) ينظر: النووي، المهذب وشرحه تكملة المجموع، ج14 ص323-326.

(9) ينظر: إسماعيل لطفی فطاني، الوصية بين مختلفي الدار (1-3)، الموقع، <http://main.islammmessage.com>، تاريخ الزيارة 2014/05/16م.

الخامس: إن المستأمن بدخوله دار الإسلام مستأمنًا، التزم أحكام الإسلام أو ألزمه من غير التزامه؛ لإمكان إجراء الأحكام عليه، ما دام في دار الإسلام، ومن أحكام الإسلام الوصية، بخلاف الحربي الذي في دار الحرب<sup>(1)</sup>.

ويرد على ذلك بأن صحة الوصية وعدمها، لا تتعلق بالتزام أحكام الإسلام وعدمه، بدليل صحة نكاح المسلم بحرية، مع أنها حربية لم تخاطب بأحكام الإسلام، وإنما تتعلق بصحتها التمليك وإمكانيتها، والله أعلم<sup>(2)</sup>.

## 2- الرأي الثاني

لا تصح وصية المسلم أو الذمي للحربي، ولو كان مستأمنًا؛ لأن المستأمن من أهل دار الحرب، وذلك لثبوت اختلاف الدارين، وهو رأي الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف، ومن وافقهما<sup>(3)</sup>. استدل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

قوله تعالى: ﴿لَا يَنْهَيْكُمْ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُفْتَلَوْكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِّن دِيَارِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾<sup>(4)</sup>.

وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَنْهَيْكُمْ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ فَتَلَوْكُمْ فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُوكُمْ مِّن دِيَارِكُمْ وَظَاهَرُوا عَلَىٰ إِخْرَاجِكُمْ أَن تَوَلَّوهُمْ وَمَن يَتَوَلَّهُمْ بَاءٌ وَآلِيكَهُمُ الظَّالِمُونَ﴾<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: الكساني، بدائع الصنائع، ج7 ص335.

(2) ينظر: إسماعيل لطفي فطاني، الوصية بين مختلفي الدار (1-3)، الموقع: <http://main.islammesssage.com> تاريخ الزيارة 2014/05/16م.

(3) ينظر: الكساني، بدائع الصنائع، ج7 ص341.

(4) الآية 8، من سورة الممتحنة.

(5) الآية 9، من سورة الممتحنة.



وجه الاستدلال: أن الآية تدل على أن من قاتلنا لا يحل بره، فلا تصح الوصية لأهل دار الحرب<sup>(1)</sup>.

ويرد على هذا الاستدلال: بما رد على استدلال أصحاب الرأي الأول، وهو أن النهي فيها عن تولي الحربيين، لا عن برهم والوصية إليهم، وإن احتج بالمفهوم فهو لا يراه حجة<sup>(2)</sup>.  
الثاني: إن التبرع بتمليك المال إياه، يكون إعانة على الحرب<sup>(3)</sup>، وذلك لا يجوز.  
ويرد على ذلك: بما رُد به الدليل الثاني، لأصحاب الرأي الأول.

الثالث: قياس الوصية على الإرث، والإرث لا يجوز بين الشخصين الذين اختلفا في الدار، فلا تصح الوصية بينهما<sup>(4)</sup>.

ويرد على ذلك: بأن قياس الوصية على الإرث غير صحيح، بأسباب منها: أن الوصية من جهة العبد، بخلاف الإرث فإنه من جهة الشرع<sup>(5)</sup>، فافترقا.

وأيضاً فإن الحربي إذا دخل دار الإسلام بأمان، فأوصى لمسلم أو ذمي بماله، فإنه جائز، مع أن الإرث ممتنع بين الذمي والحربي؛ لتباين الدارين، بين المسلم والحربي؛ لاختلاف الديانتين، ولتباين

الدارين حكماً<sup>(6)</sup>.

### 3- الرأي الثالث

تصح وصية الكافر للمسلم، ووصية المسلم للكافر المعين مطلقاً، سواء كان الكافر ذمياً، أو معاهداً، أو متسامناً، أو حربياً، كما تصح وصية الذمي للحربي والعكس، وسواء أكان الحربي في دار الإسلام أم في دار الحرب، ولا أثر لاختلاف الدارين بين طرفي الوصية في حكم الوصية من شيء، وهو رأي بعض المالكية، والمعتمد في مذهب الشافعي والحنابلة<sup>(7)</sup>.

(1) ينظر: الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ج 28 ص 66.

(2) ينظر: ابن قدامة، المغني ج 6 ص 104، النووي، المجموع، ج 14 ص 326، 327، الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج 2 ص 140.

(3) ينظر: الكساني، بدائع الصنائع، ج 7 ص 341.

(4) ينظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج 9 ص 419.

(5) ينظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج 9 ص 352.

(6) ينظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج 9 ص 419.

(7) ينظر: إسماعيل لطفی فطاني، الوصية بين مختلفي الدار (1-3)، الموقع، <http://main.islammmessage.com>

تاريخ الزيارة 2014/05/16م.

وقد نقل قول مالك: « بأنه تجوز وصية المسلم للكافر، وقال ابن القاسم، وقال عبد الوهاب المالكي، تجوز الوصية للمشركين ولو كانوا أهل حرب»<sup>(1)</sup>.  
وقال الشافعي: «وتصح الوصية لذمي بما يصح تملكه له،...، وفي معنى الذمي المعاهد والمتسامن،...، وكذا حربي معين،...، وكذا مرتد معين في الأصح»<sup>(2)</sup>.  
وقال ابن قدامة: « وتصح الوصية للحربي في دار الحرب، نص عليه أحمد، وهو قول مالك، وأكثر أصحاب الشافعي رضي الله عنه»<sup>(3)</sup>.

#### 4- أدلة أصحاب هذا الرأي

استدل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

الأول: قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَفْعَلُوا إِلَيَّ أُولِيَاءِكُمْ مَّغْرُوبًا﴾<sup>(4)</sup>.

قال محمد بن الحنفية<sup>(5)</sup>: « نزلت في إجازة الوصية لليهودي والنصراني، أي يفعل هذا مع الولي والقريب، وإن كان كافراً»<sup>(6)</sup>.

وإطلاق لفظ اليهودي والنصراني، هنا يعلمان الحربي، سواء أكان مستأمناً أم غيره، خصوصاً وأن أغلب اليهود في ذلك العصر كانوا حربيين، أعداء الإسلام<sup>(7)</sup>.

الثاني: روى عبد الله بن دينار<sup>(8)</sup>، قال: سمعت ابن عمر رضي الله عنهما يقول: « رأى عمر حلة سيرة تباع فقال: يا رسول الله، ابتع هذه وألبسها يوم الجمعة، وإذا جاءك الوفود قال: إنما

(1) ينظر: المواق، التاج والإكليل، ج 6 ص 368.

(2) ينظر: الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج 3 ص 43، والنووي، المجموع، ج 14 ص 323-326.

(3) ينظر: ابن قدامة، المغني ج 6 ص 104.

(4) الآية 6، من سورة الأحزاب.

(5) هو محمد بن علي بن أبي طالب القرشي، أبو القاسم المعروف بابن الحنفية، وأمه خولة بنت جعفر الحنفية، وكان يقول: «الحسن والحسين أفضل مني وأنا أعلم منهما»، وكان تابعياً عالمياً ورعاً، مات سنة 81 هـ بالمدينة. ينظر: الزركلي، الأعلام ج 6 ص 270، والذهبي، سير أعلام النبلاء، ج 4 ص 110-112.

(6) إن الأولياء يشمل القريب والأجنبي، المؤمن والكافر، وأن المعروف أعم من الوصية، ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن ج 14 ص 126.

(7) ينظر: إسماعيل لطفي فطاني، الوصية بين مختلفي الدار (1-3)، الموقع: <http://main.islammmessage.com>

تاريخ الزيارة 2014/05/16م.

(8) هو عبد الله بن دينار، مولى عبد الله بن عمر، مديني، روى عن ابن عمر وآخرين، ثقة مستقيم الحديث، ينظر: ابن أبي حاتم، الجرح والتعديل، ج 5 ص 46، رقم (217).

يَلْبَس هذه من لا خلاق له، فأتى النبي ﷺ منها بحلل، فأرسل إلى عمر بحلة فقال: كيف ألبسها وقد قلت فيها ما قلت؟ قال: إني لم أعطكها لتلبسها، ولكن تبيعها أو تكسوها، فأرسل بها عمر ﷺ إلى أخ له من أهل مكة قبل أن يسلم»<sup>(1)</sup>.

وفيه دليل على جواز صلة المشرك الحربي وبره، بتبادل الهدايا والوصية وغيرهما من أنواع البر؛ لأنه لم نجد ما ينقل من نكير على تصرفات عمر ﷺ، بكساء أخيه المشرك من أهل مكة قبل الفتح<sup>(2)</sup>.

الثالث: روي عن أسماء بنت أبي بكر<sup>(3)</sup>، رضي الله عنهما قالت: «قدمت عليّ أمي وهي مشركة في عهد رسول الله ﷺ؛ فاستفتيت رسول الله ﷺ قلت: إن أمي قدمت وهي راغبة، أفأصل أمي؟ قال: نعم، صلي أمك»<sup>(4)</sup>.

إن الرسول ﷺ، لما أجاز لأسماء بنت أبي بكر رضي الله عنهما، صلة أمها الحربية من أهل مكة، يوم كانت مكة دار حرب، يدل على جواز بر الأقارب الحربيين<sup>(5)</sup>.

الرابع: روي عن عكرمة: «أن صفية<sup>(6)</sup> زوج النبي ﷺ قالت لأخ لها يهودي: أسلم ترثني، فسمع بذلك قومه فقالوا: أتبيع دينك بالدنيا؟ فأبى أن يسلم، فأوصت له بالثلث»<sup>(7)</sup>، دليل على جواز وصية المسلم للذمي<sup>(8)</sup>.

<sup>(1)</sup> رواه البخاري، فتح الباري، ج10 ص251،252 رقم الحديث(5636)، باب الأدب، باب صلة الأخ المشرك، وباب من تحمل للوفود، ومسلم، في اللباس، باب تحريم استعمال إناء الذهب والفضة للرجال والنساء، رقم الحديث (2068).

<sup>(2)</sup> ينظر: إسماعيل لطفی فطاني، الوصية بين مختلفي الدار(1-3)، الموقع: <http://main.islammmessage.com> تاريخ الزيارة 2014/05/16م.

<sup>(3)</sup> هي أسماء بنت أبي بكر الصديق من قريش، صحابية، من الفضليات، آخر المهاجرين والمهاجرات وفاة، أم عبد الله بن الزبير، سميت «ذات النطاقين»، ماتت سنة 73هـ. ينظر: ابن حجر العسقلاني، الإصابة، ج4 ص224، الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج2 ص288-296.

<sup>(4)</sup> رواه البخاري، كتاب الهبة، باب الهبة للمشركين، رقم الحديث (2620)، ومسلم، كتاب الزكاة، باب فضل النفقة والصدقة . . . ، رقم الحديث ( 1003 ).

<sup>(5)</sup> ينظر: النووي، المجموع، ج14 ص326، وابن قدامة، المغني، ج6 ص104.

<sup>(6)</sup> هي صفية بنت حيي بن أخطب من بني النضير، وهو من ذرية هارون بن عمران، أخي موسى عليهما السلام، تزوجها رسول الله ﷺ، ماتت سنة 52هـ. ينظر: ابن حجر العسقلاني، الإصابة، ج4 ص337، الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج2 ص232-238.

<sup>(7)</sup> ينظر: ابن قيم الجوزية، أحكام أهل الذمة، ج1 ص305.

<sup>(8)</sup> ينظر: النووي، المجموع، ج14 ص325.

الخامس: أنه قد قرر الفقهاء، على صحة الهبة للحربي كالمسلم والذمي، والوصية في معناها، تصح الوصية له، كما صحت الهبة له؛ لأن الهبة أمضى عطية من الوصية<sup>(1)</sup>.

### 5- الرأي الراجح

عند الوقوف مع أدلة كل طرف، ومناقشتها، تبين رجحان الرأي الأخير، القائل: بأن وصية الكافر للمسلم ووصية المسلم للكافر المعين صحيحة مطلقاً، وأن اختلاف الدارين بين طرفي الوصية، لا يؤثر في حكم الوصية في شيء، وذلك لأسباب، أهمها: أولاً: احتجاج المانعين بدلالة الآية<sup>(2)</sup>، على مدّعاهم لا حجة لهم فيها، بل هي حجة لمن قال بصحة الوصية للكافر المعين؛ لأن آخر الآية يدل بمنطوقها، على أن المقصود هو عدم اتخاذهم أولياء، لا عدم البر والإقساط، والوصية من أنواع البر، والمنطوق مقدم على المفهوم. ومع هذا يجب أن يراعي الموصي، الشروط اللازمة، لصحة وصيته للموصى له الحربي، وقد ذكرها العلماء في كتبهم<sup>(3)</sup>.

ثانياً: إن صحة الوصية وعدمها، تتعلق بصحة التملك وعدمه، فلا خلاف أن الحربي من أهل التملك، فصحت وصيته، والوصية له كسائر عقود التملك، أما أمر جوازها، أو عدم جوازها، فيرجع ذلك إلى وجود المصلحة والضرر فيه<sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> ينظر: النووي، المجموع، ج14 ص323.

<sup>(2)</sup> الآية 8 و9، من سورة الممتحنة، ينظر: ص343، من البحث.

<sup>(3)</sup> ينظر: ابن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية، ج31 ص31.

<sup>(4)</sup> ينظر: انظر الكساني، بدائع الصنائع، ج7 ص335.

### الفرع الثاني: أثر اختلاف الدين في الميراث

ينشأ اختلاف الدين بين المسلم وغير المسلم، إما بكفر أصلي أو ارتداد المسلم أو إسلام الكافر، ونظام الإرث<sup>(1)</sup> يحتل أهمية كبيرة في التشريع الإسلامي، فما حكم التوارث بين الأقارب في حال اختلاف الدين بين الوارث والمورث له؟.

#### أولاً: ميراث الكافر من المسلم

انعقد الإجماع على عدم جواز إرث الكافر من المسلم لقوله ﷺ: « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم »<sup>(2)</sup>، وهو قول الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، ومروي عن كبار الصحابة والتابعين رضي الله عنهم أجمعين<sup>(3)</sup>.

لكن ثمت خلاف إذا أسلم الكافر قبل تقسيم التركة، هل يرث أم لا؟.

#### 1- الرأي الأول

إذا أسلم الكافر قبل قسمة التركة، ذهب جمهور الفقهاء الحنفية، ورأي للمالكية والشافعية، إلى أن الكافر لا يرث المسلم، حتى ولو أسلم الكافر قبل قسمة التركة، ودليلهم قوله ﷺ: « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم »<sup>(4)</sup>، وقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾<sup>(5)</sup>.

فملكية الإرث تتحدد من وقت موت المورث، ولا عبرة بتقسيم التركة<sup>(6)</sup>.

(1) الميراث شرعاً: « حق قابل للتجزئ يثبت لمستحقه، بعد موت من كان له ذلك لقراءة بينهما أو نحوها». ينظر: النفراوي، الفواكه الدواني، ج2 ص249، وعلم الميراث أو علم الفرائض: « هو علم بأصول من فقه وحساب تعرّف حق كلّ في التركة». ينظر: ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج6 ص757.

(2) رواه البخاري في الفرائض، باب لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم، ج6 ص2484، رقم الحديث (6383) عن أسامة بن زيد رضي الله عنه، وفي صحيح مسلم في الفرائض، باب أول الكتاب، ج3 ص1233، رقم الحديث (1614).

(3) ينظر: السرخسي، المبسوط، ج30 ص30، والأزهري، صالح عبد السميع، الثمر الداني شرح رسالة أبي زيد القيرواني، المكتبة الثقافية، بيروت، ص538، والشربيني، مغني المحتاج، ج3 ص23، وابن قدامة، المغني، ج6 ص246.

(4) سبق تخريجه.

(5) الآية 12، من سورة النساء.

(6) ينظر: الجصاص، أحكام القرآن، ج3 ص41.

## 2- الرأي الثاني

أما الحنابلة والمالكية في الرواية الثانية، فقد ذهبوا إلى أنّ الكافر، إذا أسلم قبل قسمة التركة فإنه يرث مورثه، أما إذا قسّمت التركة، ثم أسلم فإنه لا يرث شيئاً، فإذا قسّم بعض التركة قبل إسلامه، وبقي البعض الآخر من غير تقسيم وأسلم، ورث مما بقي<sup>(1)</sup>، ودليلهم قول النبي ﷺ: «كل قسم، قسم في الجاهلية فهو على ما قسم له، وكل قسم أدركه الإسلام، فهو على قسم الإسلام»<sup>(2)</sup>.

ثم إنه في الحكم بتوريثه، ترغيباً له في الدخول في الإسلام<sup>(3)</sup>.

## 3- الرأي الرابع

إن قول الجمهور بعدم أحقية الكافر، إذا أسلم بتركة مورثه حتى ولو قبل التقسيم، هو الرابع لقوة أدلتهم؛ ولأنّ مواريث الإسلام لا عبرة فيها للقسمة أو عدمها<sup>(4)</sup>.

**ثانياً: ميراث المسلم الكافر**

اختلف الفقهاء، في أن يرث المسلم الكافر على رأيين، منهم من قال بالجواز، وبعضهم أنكروا، ولكل فريق أدلته، وهو ما سنراه في العناصر الآتية.

## 1- الرأي الأول

ذهب جمهور الفقهاء، من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، إلى أنّ المسلم لا يرث الكافر<sup>(5)</sup>، وقد أورد مالك الإجماع على منع المسلم ميراث الكافر، فقال: «الأمر المجتمع عليه عندنا، والسنة التي لا اختلاف فيها، والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا، أنه لا يرث المسلم الكافر بقرباة، ولا ولاء، ولا رحم»<sup>(6)</sup>.

<sup>(1)</sup> ينظر: أميرة مازن عبد الله أبو رعد، أثر اختلاف الدين في أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، ص154.

<sup>(2)</sup> ينظر: أبو داود، سنن أبي داود، ج3 ص126، قال عنه الألباني حديث صحيح، الألباني، مختصر إرواء الغليل، ج1 ص339.

<sup>(3)</sup> ينظر: ابن عبد البر، التمهيد، ج2 ص52، والبهوتي، كشف القناع، ج4 ص477، وابن قدامة، المغني، ج6 ص249، 248.

<sup>(4)</sup> ينظر: الجصاص، أحكام القرآن، ج3 ص41.

<sup>(5)</sup> ينظر: السرخسي، المسوط، ج30 ص30، و الزرقاني، شرح الزرقاني، ج3 ص155، والشافعي، الأم، ج4 ص86، وابن قدامة، المغني، ج6 ص246.

<sup>(6)</sup> ينظر: مالك، الموطأ، ج2 ص520.

واستدلوا بما يلي:

أ- قول الرسول ﷺ: « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم»<sup>(1)</sup>.

ب- ثم إنَّ الولاية منتفية بين الكفار والمسلمين، والإرث فيه معنى ولاية ونصرة، فلا يرث أحدهما

الآخر<sup>(2)</sup>، لقوله تعالى: ﴿لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَىٰ أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ

بَعْضٍ﴾<sup>(3)</sup>.

## 2- الرأي الثاني

وقد ذهب بعض الصحابة والتابعين، إلى أحقية المسلم في ميراث الكافر، منهم معاذ بن

جبل رضي الله عنه، ومعاوية بن أبي سفيان من الصحابة رضي الله عنهم، وسعيد بن المسيّب، ومحمد بن الحنفية من

التابعين رضي الله عنهم أجمعين<sup>(4)</sup>.

واستدل هذا الفريق بما يلي:

أ- ما روي عن معاذ بن جبل رضي الله عنه: أنه أتى في ميراث يهودي، وله وارث مسلم فورثه وقال: سمعت

رسول الله ﷺ يقول: « الإسلام يزيد ولا ينقص»<sup>(5)</sup>.

ب- قول الرسول ﷺ: « الإسلام يعلو ولا يعلى»<sup>(6)</sup>.

ج- قياساً على إباحة زواج المسلمين، بنساء أهل الكتاب، ولا يجوز العكس<sup>(7)</sup>.

ونوقشت هذه الأدلة بما يلي:

- أما حديث «الإسلام يزيد ولا ينقص»<sup>(8)</sup>، فيحتمل أن المقصود به أن الإسلام يزيد لكثرة من

(1) سبق تخريجه ص348.

(2) ينظر: السرخسي، المبسوط، ج30 ص30، وابن قدامة، المغني، ج6 ص246.

(3) الآية52، من سورة المائدة.

(4) ينظر: السرخسي، المبسوط، ج30 ص30، وابن قدامة، المغني، ج6 ص246، والصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل

السلام، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف، ط1، 1427هـ-2006م، ج3 ص98.

(5) ينظر: أبو داود، سنن أبي داود، ج2 ص126، قال عنه الألباني حديث ضعيف، الألباني، السلسلة الضعيفة،

ج3 ص252، مكتبة المعارف، الرياض، الألباني، ضعيف أبي داود، ج1 ص287.

(6) سبق تخريجه ص295.

(7) ينظر: ابن قدامة، المغني، ج6 ص246.

(8) سبق تخريجه.

يدخل فيه، ولا ينقص لقلة من يرتدون عن هذا الدين، كما جاء في المغني<sup>(1)</sup>.  
 - إن المقصود بحديث: «الإسلام يعلو ولا يعلى»<sup>(2)</sup>، أنه من حيث القوة والغلبة والعاقبة، وأن المراد فيه فضل الإسلام على غيره<sup>(3)</sup>، وقد روي عن عمر رضي الله عنه قوله عن أهل الديانات الأخرى: «لا نرثهم ولا يرثونا»<sup>(4)</sup>، قال ابن قدامة: «وهو الصحيح عن عمر»<sup>(5)</sup>.  
 - أما قياسهم على إباحة زواج المسلم بالكتابية، وحرمة زواج الكتابي بالمسلمة، فهو قياس مع الفارق، فالتوارث مبني على الموالاة، ولا موالاة بين الكافر والمسلم، أما النكاح فهو نوع استخدام<sup>(6)</sup>.

### 3- الرأي الراجح

والراجح من الآراء، هو رأي الجمهور لقوة أدلتهم، فحديث الرسول ﷺ: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم»<sup>(7)</sup>، صريح في منع توريث المسلم من غير المسلم، «ولعل هذه الطائفة - يقصد القائلين بأن المسلم يرث الكافر - لم يبلغها هذا الحديث»<sup>(8)</sup>. والله أعلم  
**ثالثاً: الميراث بين المسلم والمرتد**

فرّق العلماء في توريث مال الكافر والمرتد، وسبب ذلك خلافهم في كون المرتد، هل يعتبر مسلماً قد مات أو كافراً قد مات؛ فمن قال بميراث المسلم من المرتد، اعتبر المرتد مسلماً قد مات والمسلم يرث المسلم، ومن قال بعدم التوارث بينهما، اعتبر المرتد كافراً والمسلم لا يرث الكافر<sup>(9)</sup>.

(1) ينظر: ابن قدامة، المغني، ج6 ص246.

(2) سبق تخريجه ص295.

(3) ينظر: السرخسي، المبسوط، ج30 ص30.

(4) ينظر: مالك، موطأ مالك، ج2 ص519، قال عنه حسين سليم أسد: رجاله ثقات غير أنه منقطع، الدارمي، عبد الله بن

عبد الرحمن، سنن الدارمي، تحقيق: حسين سليم أسد، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1407هـ.

(5) ينظر: ابن قدامة، المغني، ج6 ص246.

(6) ينظر: ابن حجر، فتح الباري، ج12 ص50، 51، والشرييني، مغني المحتاج، ج3 ص24.

(7) سبق تخريجه ص348.

(8) ينظر: النووي، شرح النووي على صحيح مسلم، ج11 ص52.

(9) ينظر: أميرة مازن عبد الله أبو رعد، أثر اختلاف الدين في أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، ص157.



وقد اتفق الفقهاء على أن المرتد لا يرث أحدًا<sup>(1)</sup>، لكنهم اختلفوا في مصير تركته، ومن يرثها على النحو الآتي:

### 1- القول الأول

تركة المرتد كلها فيء للمسلمين، فلا يرث أحد المرتد، سواء اكتسب ماله حال إسلامه، أو حال رده، وهو قول المالكية والشافعية ورواية عن أحمد والظاهرية<sup>(2)</sup>. قال النووي: «لا يرث المرتد أحدًا ولا يرثه أحد، وماله فيء سواء كسبه في الإسلام أو في الردة»<sup>(3)</sup>.

واستدل هذا الفريق بما يلي:

أ- إن المرتد كافر، والمسلم لا يرث الكافر لحديث الرسول ﷺ: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم»<sup>(4)</sup>.

ب- أن النبي ﷺ: «بعث إلى رجل عرس (أي تزوج) بامرأة أبيه أن يضرب عنقه ويخمس ماله»<sup>(5)</sup>. وجه الدلالة:

إن الرجل أصبح مرتدًا، لاستحلاله أمرًا محظورًا فاستحق القتل، وأصبح ماله فيئًا، ولذلك أخذ منه الخمس<sup>(6)</sup>، وضرب الرقبة وتخمس المال، لا يكون إلا على المرتد<sup>(7)</sup>.

### 2- القول الثاني

إن المسلم يرث مورثه المرتد، وهو قول الحنفية والرواية الثانية عن أحمد<sup>(8)</sup>.

واستدلوا بما يلي:

<sup>(1)</sup> ينظر: السرخسي، المبسوط، ج30 ص30، وابن عبد البر، التمهيد، ج9 ص164، 165، والشريبي، مغني المحتاج، ج3 ص25، وابن قدامة، المغني، ج6 ص248.

<sup>(2)</sup> ينظر: ابن عبد البر، التمهيد، ج5 ص320، والنووي، روضة الطالبين، ج6 ص30، وابن قدامة، المغني، ج6 ص250، وابن حزم، المحلى، ج9 ص304.

<sup>(3)</sup> ينظر: النووي، روضة الطالبين، ج6 ص30.

<sup>(4)</sup> سبق تخريجه ص348.

<sup>(5)</sup> ينظر: البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، ج8 ص208، قال البوصيري في مصباح الزجاجة، ج3 ص116: «هذا إسناد صحيح رجاله ثقات»، وصححه الألباني في إرواء الغليل، ج8 ص18.

<sup>(6)</sup> ينظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج5 ص261.

<sup>(7)</sup> ينظر: أميرة مازن عبد الله أبو رعد، أثر اختلاف الدين في أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، ص159.

<sup>(8)</sup> ينظر: السرخسي، المبسوط، ج30 ص30، وج10 ص100، وابن قدامة، المغني، ج6 ص250.

أ- توريث النبي ﷺ تركة عبد الله بن أبي بن سلول، رأس المنافقين لورثته المسلمين، ثم إن قرابة المرتد أولى بإرثه؛ لأنهم جمعوا بين سببي القرابة والإسلام<sup>(1)</sup>.

ب- قوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾<sup>(2)</sup>.

ج- ما نسب إلى أبي بكر، وعلي بن أبي طالب وغيرهم من الصحابة رضي الله عنهم، أنهم كانوا يورثون المسلم من قريبه المرتد<sup>(3)</sup>.

### 3- الرأي الراجح

بعد استعراض الأدلة، إن حجة القائلين بأن المسلم لا يرث المرتد أقوى، وحديث: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم»<sup>(4)</sup>، صحيح وصریح في الدلالة على ذلك، والمرتد كافر بلا خلاف، والله أعلم.

### الفرع الرابع: التنازع بين القوانين في العلاقات الناشئة بأثر الموت

يترتب على الموت علاقات من نوعين، يحصل بأثرهما تنازع في القوانين، الأولى علاقات الموارث، والثانية علاقات الوصايا، وليبيان القانون الواجب التطبيق في كل منهما، يقتضي تحديد طبيعتهما القانونية، ومن ثم المسائل الداخلة في تكوينها، والتي على وفقها يتقرر الاختصاص للقانون الواجب التطبيق، وذلك من خلال ثلاثة عناصر.

### أولاً: الطبيعة القانونية للموارث و الوصايا

ظهر اتجاهين في هذه المسألة، الأول يغلب في الموارث و الوصايا الطبيعية المالية والعينية، على الطبيعة الشخصية فيها، فيلحقها بمسائل الأحوال العينية، ويقوم هذا الاتجاه على مبررات منها أن مركز ثقل هذه العلاقات، هو انتقال الأموال من ذمة السلف إلى الخلف، وبذلك فإن للجانب المالي فيها الدور الرئيس، بينما الجانب الشخصي، له دور ثانوي ومحدود<sup>(5)</sup>.

ويذهب الاتجاه الثاني، إلى تغليب الطبيعة الشخصية لهذه العلاقات، على الطبيعة المالية فتلحق بمسائل الأحوال الشخصية، ذلك لأن مركز الثقل في هذه العلاقات يتمثل في الأشخاص،

(1) ينظر: ابن عبد البر، التمهيد، ج9 ص165.

(2) الآية 76، من سورة الأنفال.

(3) ينظر: ابن قدامة، المغني، ج6 ص250.

(4) سبق تخريجه ص348.

(5) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص243.

وأما انتقال الأموال إلا نتيجة تترتب عليها، كما أنها تعبر عن استمرار العلاقة الشخصية، التي تربط الخلف بالسلف، وقد أخذت بهذا الاتجاه جميع الدول العربية<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: القانون الواجب التطبيق في قضايا المواريث و الوصايا

تعتبر المواريث إحدى المواد المثيرة للجدل؛ لأنها تقع على الحدود الفاصلة بين الحالة الشخصية، والحالة العينية، بل وحتى على حدود الأعمال القانونية، فهي باعتبارها تؤمن انتقال مجموع الذمة المالية للشخص، بسبب الوفاة؛ إذ تفرق تشريعات بعض الدول، بين الميراث في العقار، والميراث في المنقول، فتخضع الأول لقانون غير القانون الذي تخضع له الثانية<sup>(2)</sup>. وعلى نقيض الدول السابقة، توجد دول تؤمن بوحدة القانون الذي يحكم الميراث، فتخضع التركة في مجملها لقانون واحد<sup>(3)</sup>.

يتحدد القانون الواجب التطبيق في هذه القضايا، على مستوى القانون المقارن، إذ يختلف القانون الواجب التطبيق بين الدول، فالدولة التي تحسب المواريث والوصايا على مسائل الأحوال العينية، تحدد الاختصاص لحساب القانون الإقليمي، إذا كان المال عقار يكون القانون المختص قانون موقع العقار، ولحساب قانون موطن المتوفى الأخير إذا كان المال منقول<sup>(4)</sup>.

ويقوم هذا التوجه على أن العقار له موقع ثابت، والمنقول متحرك، فيفترض المشرع موقعه في موطن المتوفى، وهذا يعني أن التركة في الميراث و الوصية، تعامل معاملةين بحسب طبيعتها، فيما إذا كانت منقولة أم عقارية، وهناك من أخضع الأثر الناقل للملكية في التركة العقارية أو المنقولة، لقانون واحد، ألا وهو قانون موقع المال محل التركة<sup>(5)</sup>.

مقابل هذا الاتجاه ذهبت جميع الدول العربية، ومنها الجزائر إلى معاملة المواريث و الوصايا، على أنها من مسائل الأحوال الشخصية، وميزت في الحكم بين المسائل الشخصية

<sup>(1)</sup> ينظر: منصور عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار المعارف مصر، 1956م، ص37.

<sup>(2)</sup> ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص244.

<sup>(3)</sup> ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص141.

<sup>(4)</sup> ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص244.

<sup>(5)</sup> لقد أصبحت قاعدة خضوع المال إلى قانون موقعه مستقرة فقها و قضاء، ومنصوصا عليها في معظم التشريعات، و من بينها القانون اليمني في مادته (28) لعام 1979م، والقانون المصري في مادته (18)، و القانون الليبي في مادته (19)، والقانون السوري في مادته (19)، والقانون العراقي في مادته (24)، و القانون الجزائري في مادته (17)، من القانون المدني.

للموارث، والوصايا ك شروط الاستحقاق وموانعه وتحديد الأنصبة، حيث أخضعها لقانون جنسية المورث، والموصي<sup>(1)</sup>.

أما المسائل المالية، فتعاملت معها معاملة واحدة، سواء كانت التركة عقارية أم منقولة، فأخضعها لقانون موقعها، من جانب آلية انتقال ملكيتها من السلف (المورث و الموصي)، إلى الخلف الوارث والموصى له، وأكد هذا الحكم المادة (24) مدني عراقي، التي نصت على أن « المسائل الخاصة بالملكية والحيازة و الحقوق العينية الأخرى وبنوع خاص طرق انتقالها هذه الحقوق بالعقد و الميراث و الوصية، وغيرها يسري عليها قانون الموقع»<sup>(2)</sup>.

أما أهلية الوارث و الموصى له في التملك، عن طريق الإرث و الوصية، فقد نظم المشرع العراقي حكمها في المادة (22) مدني عراقي التي تنص على أن: « قضايا الميراث يسري عليها قانون المورث وقت موته»، والسبب في اختيار المورث كونه واحد لا يتعدد مقابل الورثة، واعتماد جنسيته؛ لأن قانون الجنسية يمتاز بالثبات و أسهل في الإثبات<sup>(3)</sup>.

ويرد على قاعدة خضوع الميراث لقانون جنسية المورث قيدين:

الأول نظمته المادة (22 فقرة1) مدني عراقي، التي نصت على أن: «اختلاف الجنسية غير مانع من الإرث في الأموال المنقولة و العقارات غير أن العراقي لا يرثه من الأجانب إلا من كان قانون دولته يورث العراقي منه».

والثاني نظمته المادة (22 فقرة2) مدني عراقي نصت على أن «الأجنبي الذي لا ورث له تؤول أمواله التي في العراق للدولة العراقية وإن صرح قانون دولته بخلاف ذلك».

وقد نظم المشرع العراقي حكم القانون الواجب التطبيق في الوصية في المادة (23) مدني، والتي نصت على أن « قضايا الوصايا يسري عليها قانون الموصي وقت موته»، وتقف وراء اختيار قانون جنسية الموصي وقت الموت، نفس المبررات التي لاحظناها في الميراث<sup>(4)</sup>.

(1) ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص141، والمادة 16 من القانون المدني الجزائري.

(2) ينظر: عبد الرسول عبد الرضا جابر شوكة، محاضرة بعنوان: القانون الدولي الخاص، الوصايا والموارث، الموقع:

<http://www.uobabylon.edu.iq> تاريخ الزيارة 2011/6/2م.

(3) ينظر: عبد الرسول عبد الرضا جابر شوكة، محاضرة بعنوان: القانون الدولي الخاص، الوصايا والموارث، الموقع:

<http://www.uobabylon.edu.iq> تاريخ الزيارة 2011/6/2م.

(4) ينظر: عبد الرسول عبد الرضا جابر شوكة، محاضرة بعنوان: القانون الدولي الخاص، الوصايا والموارث، الموقع:

<http://www.uobabylon.edu.iq> تاريخ الزيارة 2011/6/2م.

كما يميز المشرع العراقي في موضوع الوصية بين المسائل الشخصية والمسائل العينية، فأخضع الأولى للقانون الشخصي (قانون جنسية الموصي)، ويشمل اختصاصه شروط استحقاق الوصية، وموانع الإيصال وأنصبة الموصى لهم، و المقدار الذي يجوز الإيصال به، فجميع هذه المسائل تخضع لقانون الموصي وقت وفاته؛ لأنه الوقت الذي تنفذ فيه الوصية<sup>(1)</sup>. وأهلية الموصي في الإيصال تخضع لقانون جنسيته وقت عقد الوصية؛ لأن الوصية تصرف وتتطلب صحة إجرائه، أن يكون من قبل من يملكه، وتقدير من يملك ذلك يخضع للقانون السائد وقت عمل الوصية لا وقت الموت<sup>(2)</sup>.

أما أهلية الموصى له في القبول، فيسري عليه قانون جنسيته، وقت صدور القبول منه، بينما تخضع الوصية في الشكل لقانون محل إبرامها، إلا إذا تعلقت بعقار كائن في العراق حيث يقتضي هنا استيفاء الشكالية المطلوبة، بموجب القانون العراقي، وهو تسجيله في دائرة التسجيل العقاري؛ لأنها تصرف عقاري في هذه المناسبة بموجب المادة (508) مدني عراقي<sup>(3)</sup>.

وفي المسائل العينية، وهي تلك المتعلقة بالأموال محل الوصية (الموصى به)، فتخضع لقانون موقعها، وهذا ما أكدته المادة(24) مدني عراقي السالفة الذكر، كما أكدته المادة (23فقرة2) مدني الوصية بشأن العقار إذ نصت على أن « تطبق القوانين العراقية في صحة الوصية بالأموال الغير المنقولة في العراق و العائدة إلى متوفى أجنبي وفي كيفية انتقالها»<sup>(3)</sup>.

أما الوصية مع اختلاف الدين أو الجنسية، فهي جائزة في المنقول بشرط المعاملة بالمثل، أما الأموال غير المنقولة فلا يجوز فيها، وقد أشارت ضمناً إلى ذلك المادة(71) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، التي نصت على أن: « تصح الوصية في المنقول فقط مع اختلاف الدين وتصح به مع اختلاف الجنسية بشرط المقابلة بالمثل»<sup>(4)</sup>.

وفي الجزائر فإن الميراث يعتبر متصلًا بنظام الأسرة، إذ أنه ينظم انتقال مال المتوفى إلى ورثته من أقربائه، كما أن قانون الأسرة، هو الذي تولى بيان أحكامه، فقد أخضعه المشرع إلى قانون

(1) المادة 20 من قانون الأحوال الشخصية العراقي: « المسائل الخاصة بالوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة

لحماية عديمي الأهلية وناقصيها والغائبين يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها ».

(2) ينظر: عبد الرسول عبد الرضا جابر شوكة، محاضرة بعنوان: القانون الدولي الخاص، الوصايا والموارث، الموقع:

<http://www.uobabylon.edu.iq> تاريخ الزيارة/2011/6/2م.

(3) المادة (18فقرة1): « الأهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته »

(4) قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959م المعدل

جنسية المتوفى، حيث جاء في نص المادة (16) من القانون المدني الجزائري: « يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته ... »<sup>(1)</sup>.

نلاحظ بأن المشرع الجزائري، لم يأخذ بالترقية بين الميراث في العقار، والميراث في المنقول، الذي أخذ به القضاء الفرنسي، فيكون المشرع الجزائري بذلك قد أخذ بالاتجاه المدافع عن إخضاع الميراث في مجمله لقانون واحد<sup>(2)</sup>.

ويدخل في نطاق قانون جنسية المتوفى، وقت الوفاة، باعتباره القانون الذي يحكم الميراث المسائل الآتية:

أسباب الإرث كالقربة و الزوجية، وقت استحقاق الإرث، شروط استحقاق الإرث، موانع الإرث.

وهناك بعض المسائل الأخرى محل خلاف فقهي، هل تدخل في نطاق القانون الذي يحكم الميراث، أم أنها تدخل في نطاق قانون آخر؟، ومن هذه المسائل التركة الشاغرة<sup>(3)</sup>.

جاء في القانون المصري المادة (01) الخاص بالتركات: « تؤول إلى الدولة ملكية التركات الشاغرة الكائنة بالجمهورية العربية المتحدة والتي يخلفها المتوفون من غير وارث أيا كانت جنسيتهم وذلك من تاريخ وفاتهم »<sup>(4)</sup>.

يتبين من نص المادة (01) من قانون، أن التركة التي لا وارث لها تؤول إلى الخزينة العامة. غير أن السؤال الذي يطرح هنا، هو لأي دولة تؤول التركة الشاغرة؟، هل إلى الدولة التي ينتمي إليها المتوفى بجنسيتها، أم إلى الدولة التي توجد أموال التركة بإقليمها؟.

يذهب جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، إلى عدم اعتبار الدولة وارثة، وإنما تأخذ التركة على أنها مال ضائع، وحسب رأي المختصين فإن هذا التكييف، هو الذي ينبغي على الجزائر أن تأخذ به، على اعتبار أن قانون الأسرة الجزائري مستمدة أحكامه من الشريعة الإسلامية<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص244.

(2) ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص144.

(3) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ص246.

(4) جمهورية مصر العربية قانون رقم 71 لسنة 1962م بتاريخ 27/3/1962م، بشأن التركات الشاغرة التي تتخلف عن المتوفين من غير وارث.

(5) ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ص246.

« وعليه فإن التركة الموجودة على إقليم الجزائر، والتي لا وارث لها وفقاً لقانون جنسية المتوفى، تؤول إلى الدولة الجزائرية، باعتبارها مالا لا مالك له، وهذا ما أخذت به محكمة النقض المصرية، ومحكمة الاستئناف المختلطة»<sup>(1)</sup>.

ولما كانت الموارث، مستمدة في القانون الجزائري من الشريعة الإسلامية، فإن القانون الأجنبي المختص قد يستبعد باسم النظام العام، كلما كان تطبيقه يترتب عنه مساس بالشعور العام، عند عدم التقييد بأحكامه<sup>(2)</sup>.

وعليه فإن القانون الأجنبي، الذي يقرر حق الإرث لولد الزنا، يجب أن يستبعد، كذلك يجب أن يستبعد القانون الأجنبي المختص، لما يكون المورث مسلماً، إذ أن تركة المسلم لا ينبغي أن تخضع إلا لأحكام الشريعة الإسلامية، واستبعاد القانون الأجنبي كلما كان المورث مسلماً، يجعل في الحقيقة من الصفة الإسلامية في شخص المورث ضابطاً للإسناد، مما يهدم قاعدة الإسناد الواردة في المادة (16) من القانون المدني الجزائري، والتي تخضع الميراث لقانون جنسية المتوفى وقت الوفاة<sup>(3)</sup>.

ومما نستخلصه في ها المبحث مايلي:

**اختلاف الدين في النفقة الزوجية**، ليس سببا في أن تمنع الزوجة من نفقة العدة، سواء كانت الزوجة هي من أسلمت أولاً، أم كان الزوج هو الأسبق في الإسلام، أما إذا كانت الزوجة هي المرتدة، فبارتدادها عن الإسلام تعتبر إنها ارتكبت محظوراً فلا نفقة لها.

**اختلاف الدين في نفقة الأقارب**، الرأي الراجح هو وجوب النفقة مع اختلاف الدين؛ لأن هناك ما يدل على بر الوالدين الكافرين، وعدم المضارة بهما.

إن وصية الكافر للمسلم، ووصية المسلم للكافر المعين صحيحة مطلقاً، سواء كان الكافر ذمياً أو معاهداً أو مستأمناً أو حربياً، وسواء كانت الوصية وقعت في دار الإسلام أو في دار الحرب، وأن اختلاف الدارين بين طرفي الوصية لا يؤثر في حكم الوصية في شيء، وهذا رأي جمهور الفقهاء، والرأي الراجح عندهم.

إن قول الجمهور بعدم أحقية الكافر إذا أسلم بتركة مورثه حتى ولو قبل التقسيم، هو الراجح لقوة أدلتهم؛ ولأن موارث الإسلام لا عبرة فيها للقسم أو عدمها، وحديث الرسول ﷺ: «لا يرث

<sup>(1)</sup> ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ص 247.

<sup>(2)</sup> ينظر: حبار محمد، القانون الدولي الخاص، ص 142.

<sup>(3)</sup> ينظر: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ص 248.

المسلم الكافر ولا الكافر المسلم»<sup>(1)</sup>، صريح في منع توريث المسلم من غير المسلم، والكلام نفسه في المرتد.

---

<sup>(1)</sup> سبق تخريجه ص 348.



خاتمة

## خاتمة

بعد أن انهيت موضوع « علاقة نظرية تنازع القوانين باعتبار المآلات وتطبيقاتها على قانون الأسرة » توصلت بحمد الله تعالى وتوفيقه إلى النتائج الآتية.

- 1- إن لفظ التنازع، لا يعنى أن هناك تصادم بين القوانين، وإنما المقصود به أن هناك أكثر من قانون يصلح لحكم هذه العلاقة، وعلى القاضي الوطنى الإختيار بين تلك القوانين **المتعددة**. بل لا وجود لتنازع حقيقي بين القوانين، ولا يعدو الأمر، التعدد في القوانين المحتملة التطبيق في ذهن القاضي الناظر في النزاع.
- 2- لم يطرح الفقهاء المسلمون، مسألة تطبيق القانون الأجنبي، في صورة تنازعية مع الشريعة الإسلامية؛ لأن ذلك يقتضى الاعتراف بمساواة الشريعة الإسلامية، مع الشرائع الأجنبية الأخرى. لكن هذا لا يعنى أن الشريعة الإسلامية تعتنق مبدأ الإقليمية المطلقة، حيث كان الأجانب يتركون لما يعتقدون في قضاياهم الخاصة، خصوصا تلك القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية، إلا أن القاضي المسلم لا يطبقها، بل يرفع النزاع إلى رؤسائهم في الملة أو الدين.
- 3- إن مسألة التكييف في القانون الدولي الخاص، أكسبته طابعا مميزا؛ لأن لها الدور الأكبر في تحديد القانون الواجب التطبيق، وأنه باختلاف القانون الذي تم وفقه التكييف، تختلف الحلول القضائية.

وبالتالي نصل إلى القول، بأن القانون الذي يتم وفقه التكييف، هو بمثابة الإحداثية التي تغير منحنى المسألة القانونية محل النزاع.

4- ضابط الاسناد، هو النقطة التي تثير الطريق أمام القاضي، نحو معرفة القانون الواجب التطبيق، على العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، التي تتنازع بشأنها القوانين.

5- إن ضابط الإسناد الذي يحدد القانون الواجب التطبيق، على جميع علاقات الأحوال الشخصية، في القانون الدولي الخاص، وفي معظم القوانين العربية، واللاتينية، هو ضابط الجنسية، و لقد تبنت التشريعات عدة حلول لمواجهة بعض الصعوبات، أثناء محاولة تعيين القانون الشخصي،

وهذا دليل على أن تلك الصعوبات، لن تضعف من الثقة في ضابط الجنسية، ولا في نجاعته، في حل مشاكل تنازع القوانين.

6- يقصد باعتبار مآلات الأفعال، الاعتداد بما تفضي إليه الأحكام عند تطبيقها، بما يوافق مقاصد التشريع، وتتفرع قاعدة مآلات الأفعال، عن قاعدة اعتبار المصالح في الأحكام، فهي جزء من مقاصد التشريع، فالقواعد المالية، هي قواعد مقاصدية.

7- إن للمآل لقواعد يستوعبها من خلال سعة مجاله، وهي فروع جزئية بالنسبة إليه، تنطلق منه وتعود إليه، في النفي والإثبات، وأهمها قاعدتا الاستحسان، وكذا قاعدتا سد الذريعة، وجواز الممنوع، بشرط التحفظ.

8- إن فكرة الغاية من القانون، هي فكرة تطورت بتطور الفكر الإنساني، والمجتمعات الإنسانية، هو تحقيق شيئين اثنين، هما من الأهمية بمكان، الأول: العدل والمساواة في المجتمع، والثاني: تحقيق التقدم الاجتماعي والتطور، وأساسه الاستقرار.

9- إن جوهر المقاصد هو حفظ المصلحة مطلقاً، في رahnها وفيما ستؤول إليه نتائجها، فإذا كان في أصول القوانين الوضعية، ثمة ما يسمى بإرادة المشرع، فإن في أحكام الفقه الإسلامي ما يسمى بمقاصد الشريعة، وثمة بون شاسع لصالح الثاني ولاشك، وحتى يتحقق الاستفادة من مقاصد الشريعة في القوانين الوضعية، يجب أن يتحقق التوافق بين قصد المكلف، وبين قصد الشارع.

10- إن تطبيق أحكام الشريعة على الأقلية المسلمة، في قسم غير يسير من المجالات الاجتماعية والاقتصادية، قد ينتهي في بعض الأحيان، إلى حرج شديد يلحق الأفراد في بعض ضروراتهم الحياتية، وهو مآل جدير بالنظر الاجتهادي، في أحوال الأقليات لتبيين أبعاده، ومقاديره وآثاره، وتقدير الأحكام الشرعية المناسبة له، تحقيقاً للمصلحة التي هي مقصد كل الأحكام.

ويمكن الاعتماد على الصق هذه القواعد بموضوع النازلة، وهي قاعدة: «إقامة جماعة المسلمين مقام القاضي»، باعتباره مستند تخويل المراكز الإسلامية، صلاحية البت في قضايا التنازع بين الزوجين، وبخاصة في دعوى الضرر، وإيقاع الطلاق والخلع (مسائل الأسرة).

11- قد يكون كلا الزوجين على غير ملة الإسلام، فيمنّ الله على أحدهما باعتناق الدين الإسلامي، فإذا أسلم أحدهما، وبقي الآخر على دينه، فقد اختلف الفقهاء في حكم هذا العقد، والراجح أنه إذا أسلم أحد الزوجين دون الآخر وحصل دخول، تنتظر المرأة فترة العدة، فإن أسلم غير المسلم منهما، فهما على نكاحهما، وإن لم يسلم فلا يفسخ النكاح، والعقد باقٍ لكنه موقوف، وتبقى

المعاشرة الزوجية محرّمة، ولا فرق بين دار الحرب ودار الإسلام، ولها بعد انقضاء العدة أن تتزوج غيره، أو تنتظر إسلامه مهما طالّت المدة.

12- اختلف الفقهاء في حضانة الأولاد، عند اختلاف الدين بين الزوجين، والراجح في ذلك جواز حضانة غير المسلمة للولد المسلم بشرطين، وهما أمن الفتنة على الصغير، وأن لا يعقل الأديان.

13- قد جعل المشرع الجزائري، من أهداف الحضانة تربية المحضون على دين أبيه، و قد ساوى الفقه و القضاء بين المسلمة، و غير المسلمة في استحقاق الحضانة، و يقع على عاتق الوالد أو من يحل محله، عبء مراقبة ومتابعة ما إذا كانت تربية الولد تتم فعلا على دين أبيه.

ومما أقترحه في ختام هذا البحث مايلي:

- أؤكد على مراعاة البعد المقاصدي، في فهم النصوص القانونية وتفسيرها، على اعتبار أن المقاصد لا تُبحث في الأحكام، ولكن في أهداف الأحكام، ومآلاتها الشرعية، وتحصيل الثمرات المرجوة منها، والمتمثلة في المصلحة المأمور جلبها، والمفسدة المطلوب درؤها، أو رفعها، حال التوقع أو الوقوع.

ويتفرع عن هذا الاقتراح توصيات أوجزها في الآتي:

1- قد ساوى الفقه و القضاء، بين المسلمة و غير المسلمة، في استحقاق الحضانة، و يقع على عاتق الوالد أو من يحل محله، عبء مراقبة و متابعة ما إذا كانت تربية الولد، تتم فعلا على دين أبيه.

إن المدة التي يبقى فيها الولد مع أبيه، لا تقارن بالمدة التي يعيشها الطفل مع حاضنته غير المسلمة.

لهذا على المشرع أن يتدخل، لحل هذه الإشكالية بمادة صريحة شافية، تفصل ما بين إسناد الحضانة لأم غير مسلمة، و تربية الولد على دين أبيه.

2- الاهتمام بدراسة القانون المقارن، وضرورة التركيز على دارسته في الجامعات، و من ثمة توفير المعلومات، حول أهم القوانين الأجنبية، المتوقع البحث عن مضمونها من القضاة، وتدعيم المؤلفات الفقهية، كوسيلة لإثبات مضمون القانون الأجنبي.

3- أن يقوم المشرع الجزائري، بإصدار قانون دولي خاص بالجزائر، يتضمن جميع مبادئ القانون الدولي الخاص بصورة عامة، وبصورة خاصة قواعد الإسناد، أو قواعد موضوعية مع بيان آليات تطبيق هذه القواعد لمختلف المسائل المطروحة، والتي يمكن أن يثار بشأنها تنازع القوانين.

4- أن يكون البند (6) من المادة (358)، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المتعلق باقتصار رقابة المحكمة العليا، على تطبيق القانون الأجنبي في مسائل الأسرة، نصا قانونيا في إطار النصوص المنظمة لتنازع القوانين، بدل أن يكون منزويا ضمن قواعد الإجراءات المدنية والإدارية.

5- ترشيد الزواج بين المسلمين وغير المسلمين، عن طريق المراكز الإسلامية، وإنشاء مركز معلومات خاص ب (الأقليات المسلمة في الغرب)، تكون مهمته توفير كافة المعلومات، والإحصاءات عن أحوال وأوضاع هذه الأقليات.

فهذا جهد المقل، لا أبرئه من نقص، ولا أحاشيه من خطأ، فإن الكمال لله تعالى والعصمة لنبه صلى الله عليه وسلم.

والله أسأل أن يكسوه حلل القبول، وأن يمن علي ببلوغ منتهى السؤل إنه قريب مجيب، وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

## الفهارس

وتشمل الآتي:

أولاً: فهرس الآيات القرآنية.

ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية.

ثالثاً: فهرس القواعد الأصولية والفقهية.

رابعاً: فهرس المواد القانونية

خامساً: فهرس الأعلام المترجم لهم

سادساً: فهرس المصادر والمراجع.

سابعاً: فهرس الموضوعات.

فهرس الآيات

الصفحة	رقمها	جزء الآية	السورة
<u>118</u>	<u>20</u>	﴿يَأْتِيهَا النَّاسُ عِبْدُوا رَبَّكُمْ أَلَدِمَ خَلْفَكُمْ﴾	
<u>118</u>	<u>178</u>	﴿وَلَكُمْ فِي الْفِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ﴾	
<u>119</u>	<u>182</u>	﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كَتَبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ﴾	
<u>120</u> <u>189</u>	<u>103</u>	﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقُولُوا رَاعِنَا﴾	
<u>122</u>	<u>227</u>	﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ﴾	
<u>124</u>	<u>172</u>	﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ الْخَنِزِيرَ وَالْحَمَّ﴾	
<u>124</u>	<u>237</u>	﴿فَإِنْ خِفْتُمْ فَرِجَالًا أَوْ رُكْبَانًا﴾	
<u>149</u>	<u>144</u>	﴿وَحَيْثُ مَا كُنْتُمْ فَوَلُّوا وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ﴾	<u>البقرة</u>
<u>150</u>	<u>220</u>	﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذَى﴾	
<u>171</u>	<u>233</u>	﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾	
<u>172</u>	<u>231</u>	﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ﴾	
<u>172</u>	<u>229</u>	﴿الطَّلَقُ مَرَّتَيْنِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾	
<u>182</u>	<u>104</u>	﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقُولُوا رَاعِنَا﴾	
<u>225</u>	<u>276</u>	﴿يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُزِيهِ الصَّدَقَاتِ﴾	
<u>230</u>	<u>143</u>	﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ﴾	
<u>231</u>	<u>188</u>	﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾	

<u>239</u>	<u>286</u>	﴿رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إَصْرًا﴾	
<u>240</u>	<u>185</u>	﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾	
<u>245</u>	<u>173</u>	﴿بِمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾	
<u>246</u>	<u>188</u>	﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾	
<u>247</u>	<u>241</u>	﴿وَلِلْمُطَلَّاتِ مَتَعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾	
<u>247</u>	<u>243</u>	﴿وَمَتَّعُوهُمْ عَلَى الْمَوْسِعِ فَذَرُوهُ وَعَلَى الْمُفْتِرِ فَذَرُوهُ﴾	
<u>248</u>	<u>231</u>	﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾	
<u>266</u>	<u>169</u>	﴿يَأْمُرُكُمْ بِالسُّوْءِ وَالْبَحْشَاءِ وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ﴾	
<u>274</u>	<u>236</u>	﴿حَابِطُوا عَلَى الصَّلَوَاتِ وَالصَّلَاةِ الْوَسْطَى﴾	
<u>291</u>	<u>282</u>	﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ﴾	
<u>292</u>	<u>282</u>	﴿بِإِنْ آمِنَ بَعْضُكُمْ بِبَعْضٍ﴾	
<u>332</u> <u>334</u> <u>336</u>	<u>231</u>	﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾	
<u>327</u> <u>333</u> <u>336</u>	<u>233</u>	﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾	
<u>6</u>	<u>26</u>	﴿وَتَنْزِعَ الْمَلِكَ مِمَّنْ تَشَاءُ﴾	<u>آل</u>
<u>262</u>	<u>06</u>	﴿الَّذِي يُصَوِّرُكُمْ فِي الْأَرْحَامِ كَيْفَ يَشَاءُ﴾	<u>عمران</u>
<u>7</u> <u>202</u>	<u>59</u>	﴿بِإِنْ تَنْزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾	
<u>22</u>	<u>58</u>	﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ﴾	
<u>105</u>	<u>35</u>	﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا﴾	<u>النساء</u>



<u>125</u>	<u>124</u>	﴿ وَاتَّخَذَ اللَّهُ إِبْرَاهِيمَ خَلِيلًا ﴾	النساء
<u>19</u>	<u>25</u>	﴿ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ ﴾	
<u>195</u>	<u>98</u>	﴿ إِلَّا الْمُسْتَضْعَبِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالْوِلْدَانَ ﴾	
<u>213</u>	<u>78</u>	﴿ بِمَالٍ هُنَّ لِأَنْفُسِهِمْ لَا يَكَادُونَ بِفَقْهُوَ حَدِيثًا ﴾	
<u>225</u>	<u>141</u>	﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾	
<u>276</u>	<u>82</u>	﴿ وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَذَاعُوا ﴾	
<u>288</u>	<u>22</u>	﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾	
<u>288</u>	<u>03</u>	﴿ مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾	
<u>332</u>	<u>36</u>	﴿ وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا ﴾	
<u>333</u>	<u>36</u>	﴿ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ﴾	
<u>348</u>	<u>12</u>	﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ ﴾	المائدة
<u>41</u>	<u>50</u>	﴿ وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ ﴾	
<u>41</u>	<u>51</u>	﴿ وَأَنْ أَحْكُمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ ﴾	
<u>42</u>	<u>52</u>	﴿ أَقْبَحُكُمْ الْجَاهِلِيَّةِ يَنْبَغُونَ أَحْسَنُ وَمَنْ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا ﴾	
<u>149</u>	<u>95</u>	﴿ فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ ﴾	
<u>176</u>	<u>06</u>	﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ ﴾	
<u>231</u>	<u>38</u>	﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا ﴾	
<u>350</u>	<u>52</u>	﴿ لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى أَوْلِيَاءَ ﴾	
<u>21</u>	<u>58</u>	﴿ إِنْ الْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ يَفْضُ الْحَقَّ وَهُوَ خَيْرُ الْفَاصِلِينَ ﴾	

<u>118</u> <u>183</u> <u>249</u>	<u>109</u>	﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ﴾	<u>الأنعام</u>
<u>245</u>	<u>119</u>	﴿وَقَدْ بَصَل لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾	
<u>121</u>	<u>163</u>	﴿وَسَأَلَهُمْ عَنِ الْفَرِيَّةِ الَّتِي كَانَتْ حَاضِرَةَ الْبَحْرِ﴾	
<u>200</u>	<u>145</u>	﴿وَأْمُرْ قَوْمَكَ يَا خُذُوا بِأَحْسَنِهَا﴾	
<u>224</u>	<u>85</u>	﴿وَأذْكُرُوا إِذْ كُنْتُمْ قَلِيلًا بَكَثَرِكُمْ﴾	<u>الأعراف</u>
<u>239</u>	<u>157</u>	﴿وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ﴾	
<u>266</u>	<u>31</u>	﴿وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾	
<u>333</u>	<u>29</u>	﴿يَلْبَسُهُ آدَمَ خُذُوا﴾	
<u>123</u>	<u>59</u>	﴿وَأَمَّا تَخَافُ مِن قَوْمٍ خِيَانَةً فَانْبِذِ إِلَيْهِمْ عَلَى سَوَاءٍ﴾	<u>الأنفال</u>
<u>335</u>	<u>76</u>	﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾	
<u>122</u>	<u>108</u>	﴿الَّذِينَ اتَّخَذُوا مَسْجِدًا ضِرَارًا وَكُفْرًا وَتَفْرِيفًا﴾	<u>التوبة</u>
<u>253</u>	<u>88</u>	﴿إِنْ أَرِيدُ إِلَّا الْأِصْلَاحَ مَا اسْتَطَعْتُ﴾	<u>هود</u>
<u>37</u> <u>38</u>	<u>74</u> <u>75</u>	﴿فَالُوا بِمَا جَزَّؤُهُ إِذْ كُنْتُمْ كَذِبِينَ﴾	
<u>38</u>	<u>75</u>	﴿نَجْزِي الظَّالِمِينَ﴾	<u>يوسف</u>
<u>267</u>	<u>36</u>	﴿وَلَا تَفُفْ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾	
<u>334</u>	<u>23</u>	﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾	<u>الإسراء</u>
<u>7</u>	<u>67</u>	﴿فَلَا يَنْزِعُ عَنْكَ فِي الْأَمْرِ﴾	
<u>240</u>	<u>78</u>	﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾	<u>الحج</u>

<u>333</u>	<u>76</u>	﴿مَلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ﴾	
<u>190</u>	<u>31</u>	﴿وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْبِينَ مِّن رِّبْتِهِنَّ﴾	<u>النور</u>
<u>334</u>	<u>15</u>	﴿وَإِن جَاهِدَاكَ عَلَىٰ أَن تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾	<u>لقمان</u>
<u>22</u>	<u>36</u>	﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَىٰ اللَّهُ وَرَسُولُهُ﴾	
<u>288</u>	<u>37</u>	﴿فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا﴾	<u>الأحزاب</u>
<u>289</u>	<u>50</u>	﴿وَأَمْرًا مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبْتَ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾	
<u>345</u>	<u>06</u>	﴿إِلَّا أَن تَفْعَلُوا إِلَىٰ أَوْلِيَآئِكُم مَّعْرُوفًا﴾	
<u>143</u>	<u>68</u>	﴿وَلَكِن حَفَّتْ كَلِمَةُ الْعَذَابِ عَلَى الْكَافِرِينَ﴾	<u>الزمر</u>
<u>200</u>	<u>17</u>	﴿فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ﴾	
<u>201</u>	<u>17</u>	﴿الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ﴾	
<u>183</u>	<u>12</u>	﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا بِجَتْنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ﴾	<u>الحجرات</u>
<u>104</u>	<u>02</u>	﴿فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِيَ الْأَبْصَارِ﴾	<u>الحشر</u>
<u>294</u> <u>297</u> <u>330</u>	<u>10</u>	﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾	
<u>297</u>	<u>10</u>	﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ﴾	
<u>340</u> <u>343</u>	<u>8</u>	﴿لَا يَنْهَيْكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُفْتَلِكُوا فِي الدِّينِ﴾	<u>المتحنة</u>
<u>341</u> <u>343</u>	<u>9</u>	﴿إِنَّمَا يَنْهَيْكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَتَلُوا فِي الدِّينِ﴾	
<u>139</u>	<u>06</u>	﴿أَسْتَغْفِرْتَ لَهُمْ أَمْ لَمْ تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ لَن يَغْفِرَ اللَّهُ لَهُمْ﴾	<u>المنافقون</u>
<u>252</u> <u>253</u>	<u>16</u>	﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾	<u>التغابن</u>

<u>327</u>	<u>06</u>	﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ﴾	
<u>372</u>	<u>07</u>	﴿لِيُنْفِقُوا ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ﴾	<u>الطلاق</u>
<u>202</u>	<u>35</u>	﴿أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يُتْرَكَ سُدًى﴾	<u>القيامة</u>
<u>262</u>	<u>08</u>	﴿وَجِئْ أُمَّيْ صُورَةَ مَا شَاءَ رَكْبَكَ﴾	<u>الانفطار</u>
<u>164</u>	<u>12</u>	﴿إِذْ إِنبَعَثَ أَشْقِيهَا﴾	<u>الشمس</u>

فهرس الأحاديث والأثار

الصفحة	طرف الحديث
<u>289</u> <u>327</u>	«اتقوا الله في النساء..».
<u>267</u>	«أتى النبي ﷺ رجل أعمى، فقال: يا رسول الله! إنه ليس لي قائد»
<u>134</u>	«إذا استأذنكم نساؤكم المساجد فأذنوا لهن»
<u>350</u>	«الإسلام يزيد ولا ينقص»
<u>350</u> <u>351</u>	«الإسلام يعلو ولا يعلى»
<u>298</u>	«أسلمت امرأة على عهد رسول الله ﷺ فتزوجت فجاء»
<u>277</u>	«اعرف الأمثال والأشباه، ثم قس الأمور عندك، فأعمد إلى أحبها إلى الله»
<u>313</u> <u>321</u>	«ألم تَرَى أن مجزراً نظر أنفاً إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد»
<u>127</u>	«أما أنا فقد شفاني الله عز جل، وكرهت أن أثير على الناس شراً»
<u>07</u>	«أنافرطكم على الحوض»
<u>133</u>	«أن أبا بكر وعمر كانا لا يضحيان كراهية أن يقتدى بهما»
<u>267</u>	«إن أباه أتى به رسول الله ﷺ فقال: إني نحلته ابني هذا»
<u>335</u>	«إِنَّ أَطْيَبَ مَا أَكَلَ الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ وَإِنَّ وَلَدَهُ مِنْ كَسْبِهِ»
<u>184</u>	«إِنَّ الْحَلَالَ بَيْنَ وَإِنَّ الْحَرَامَ بَيْنَ وَبَيْنَهُمَا أُمُورٌ مُشْتَبِهَاتٌ»
<u>130</u>	«إن الرجل إذا شرب افتري فأرى أن يجعله كحد القرية»
<u>134</u>	«إن الناس قد استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم»
<u>268</u>	«أن رسول الله ﷺ قضى في رجل وقع على جارية امرأته»
<u>127</u>	«إن رسول الله ﷺ يأمر المؤذن إذا كانت ليلة باردة ذات مطر»
<u>320</u>	«أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال يارسول الله ولد لي غلام أسود»
<u>297</u>	«أن رجلاً من بني تغلب، أسلمت امرأته فعرض عمر ﷺ عليه الإسلام فامتنع»
<u>346</u>	«أن صفية زوج النبي ﷺ قالت لأخ لها يهودي: أسلم ترثني»
<u>190</u>	«أن لا يجلدن أمير جيش ولا سرية ولا رجل من المسلمين حداً»
<u>298</u>	«أن امرأة أسلمت ولم يسلم زوجها»
<u>128</u>	«أنظرت إليها»
<u>321</u> <u>320</u>	«أنظروها فإن جاءت به حمش الساقين كأنه وحر»
<u>243</u>	«إنما نهيتكم من أجل الدافة فكلوا وادخروا»

<u>133</u>	«أنه أرسل إلى كل أفق بمصحف مما نسخوا، وأمر بما سواه من القرآن»
<u>267</u>	«أنه صاد حمارًا وحشيًا وهو حلال، وأصحابه محرمون، فسألوا النبي ﷺ»
<u>133</u>	«أنه قرأ يوم الجمعة على المنبر بسورة النحل، حتى إذا جاء السجدة نزل فسجد»
<u>313</u>	«أنها سألت نبي الله ﷺ عن المرأة ترى في منامها»
<u>130</u>	«إني لا أزعم أنها حرام، ولكنني أخاف»
<u>132</u>	«أيما امرأة نكحت في عدتها فإن كان زوجها الذي تزوج بها لم يدخل بها فرق بينهما»
<u>298</u>	«أن نساء كنّ يسلمن قبل أزواجهنّ، ثم يسلن الأزواج»
<u>352</u>	«بعث إلى رجل عرس (أي تزوّج) بامرأة أبيه أن يضرب عنقه ويخمس ماله»
<u>239</u> <u>242</u>	«بعثت بالحنيفية السمحة»
<u>176</u>	«بلغني أنك تزوجت امرأة من أهل المدائن من أهل الكتاب»
<u>314</u> <u>320</u>	«البينة على من ادعى»
<u>129</u>	«تعاثوا الحدود فيما بينكم، فما بلغني من حد فقد وجب»
<u>252</u>	«الطيب تعرب»
<u>115</u>	«جاء رجل إلى النبي ﷺ فَقَالَ الرَّجُلُ: يُقَاتِلُ لِلْمَغْنَمِ»
<u>268</u>	«جاءت أم سليم - امرأة أبي طلحة- إلى رسول الله ﷺ، فقالت: يا رسول الله! «
<u>327</u>	«جاءت هند بنت عتبة بن ربيعة فقالت: يا رسول الله ﷺ إِنَّ أَبَا سَفِيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ»
<u>247</u>	«خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ»
<u>335</u>	«خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك»
<u>184</u>	«دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»
<u>139</u> <u>249</u>	«دعه لا يتحدث الناس أن محمدا يقتل أصحابه»
<u>346</u>	«رأى عمر حلة سيرة تباع فقال: يا رسول الله، ابتع هذه وألبسها يوم الجمعة»
<u>07</u>	«رأيتني أنزع على قلب»
<u>225</u>	«الربا وأن كثر فهو إلى قُل»
<u>172</u>	«رجل لامرأته على عهد النبي ﷺ، لا آويك ولا أدعك»
<u>296</u>	«ردّ ابنته زينب على زوجها أبي العاص بمهر جديد ونكاح جديد»
<u>297</u>	«ردّ ابنته زينب على زوجها أبي العاص بن الربيع بالنكاح الأول»
<u>135</u>	«سئل عن القبلة للصائم، فأرخص فيها للشيخ، وكرهها للشاب»
<u>175</u>	«ساق خليجا له من العريض فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبى محمد»
<u>22</u>	«السيد الله تبارك وتعالى»
<u>248</u>	«الطعام بالطعام»

<u>131</u>	«طلق امرأته البتة وهو مريض، فورثها عثمان ؓ منه بعد انقضاء عدتها»
<u>289</u>	«فاتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله»
<u>247</u>	«قدم النبي ﷺ المدينة وهم يسلفون في الثمار»
<u>295</u>	«قد انقطع ما بينهما»
<u>289</u>	«قد ملكتها بما معك من القرآن»
<u>346</u>	«قدمت عليّ أمي وهي مشركة في عهد رسول الله ﷺ؛»
<u>247</u>	«القسامة على ما كانت عليه في الجاهلية»
<u>123</u>	«قسم رسول الله ﷺ قسما، فقلت: والله يا رسول الله لغير هؤلاء»
<u>185</u>	«قضى في المرأة إذا تزوجها الرجل أنه إذا أرخيت الستور فقد وجب الصداق»
<u>192</u>	«كان جمع القرآن الأول أيام أبي بكر الصديق ؓ»
<u>192</u>	«كان الجمع الثاني في أيام عثمان ؓ»
<u>174</u>	«كان لسمرة بن جندب ؓ عضد في حائط بستان رجل من الأنصار»
<u>298</u>	«كان المشركون على منزلتين من النبي ﷺ، والمؤمنين كانوا»
<u>185</u>	«كان عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، إذا مضى من شعبان تسع وعشرون يوماً»
<u>243</u>	«كنت نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها»
<u>349</u>	«كل قسم قسم في الجاهلية فهو على ما قسم له»
<u>133</u>	«كنا نضحى بالشاة الواحدة فيذبحها الرجل عنه وعن أهل بيته، ثم تباهى الناس»
<u>191</u>	«لئن مت لأورثتها منك، قال: قد علمت ذلك»
<u>249</u>	«لا أغرب مسلماً»
<u>126</u>	«لا تحمد امرأة على ميت فوق ثلاث، إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً»
<u>195</u>	«لا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود، فستحلوا محارم الله»
<u>190</u>	«لا تُقَطع الأيدي في الغزو»
<u>236</u>	«لا تُقَطع الأيدي في السفر»
<u>134</u>	«لا تمنعوا إماء الله مساجد الله»
<u>236</u>	«لا ربا بين مسلم وحرابي»
<u>173</u>	«لا ضرر ولا ضرار»
<u>242</u>	
<u>351</u>	«لا يرثهم ولا يرثون»
<u>125</u>	«لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها»
<u>277</u>	«لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة»
<u>348</u>	«لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم»
<u>350</u>	

<u>351</u>	
<u>352</u>	
<u>353</u>	
<u>295</u>	« لا يعلو النصراني المسلمة يفرق بينهما »
<u>125</u>	« لا ينكح المحرم ولا ينكح »
<u>314</u>	« لكن البينة على المدعي، واليمين على من أنكر »
<u>314</u>	« لكن اليمين على المدعى عليه »
<u>128</u>	« لم أسمع يرخص في شيء مما يقول الناس كذب إلا في ثلاث »
<u>125</u>	« اللهم صل على محمد وعلى آل محمد »
<u>134</u>	« لو أدرك رسول الله ﷺ ما أحدث النساء لمنعهن المسجد كما منعت نساء »
<u>127</u>	« لَوْلَا أَنْ أَشُقَّ عَلَيَّ أُمَّتِي لَأَمَرْتُهُمْ بِالسَّوَاكِ ... »
<u>249</u>	« لولا قومك حديث عهدهم بكفر لأست البيت على قواعد إبراهيم »
<u>128</u>	« ليس الكذب الذي يصلح الناس فينمي خيرا، أو يقول خيرا »
<u>228</u>	« ليلغن هذا الامر _ أي الاسلام _ ما بلغ الليل والنهار »
<u>239</u>	« ما خير رسول الله ﷺ بين أمرين أحدهما أيسر من الآخر »
<u>240</u>	« مَا خَيْرَ عَمَارٍ بَيْنَ أَمْرَيْنِ إِلَّا اخْتَارَ أَشَدَّهُمَا »
<u>200</u>	« ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن »
<u>201</u>	
<u>292</u>	« ما حق امرئ مسلم له شيء يوصى فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده »
<u>129</u>	« مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين »
<u>191</u>	« مَنْ شَفَعَ لِأَخِيهِ بِشَفَاعَةٍ، فَأَهْدَى لَهُ هَدِيَّةً عَلَيْهِ فقبلها »
<u>191</u>	« مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ، فَلَا تَرَفَعُ رَأْسُهَا حَتَّى يَرْفَعَ الرَّجَالُ »
<u>288</u>	« النكاح من سنتي »
<u>246</u>	« نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر »
<u>250</u>	« هذا وقتها لولا أن أشق على أمتي »
<u>314</u>	« الولد للفراش وللعاهر الحجر »
<u>315</u>	
<u>320</u>	
<u>333</u>	« يا رسول الله عندي دينار فقال: أنفقه على نفسك »
<u>185</u>	« يا عجباً لابن عمر هذا، يأمر النساء إذا اغتسلن أن ينقضن رؤوسهن »
<u>125</u>	« يا معشر الشَّبَابِ مِنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمْ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ »
<u>295</u>	« يسلم الرجل قبل المرأة، والمرأة قبله »
<u>295</u>	« يفرق بينهما، الإسلام يعلو ولا يعلى عليه »



فهرس القواعد الأصولية الفقهية

الصفحة	القاعدة الأصولية والفقهية
<u>110</u>	« إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما »
<u>154</u>	« البينة على المدعي واليمين على من أنكر »
<u>314</u> <u>320</u>	« البينة على من ادعى »
<u>110</u>	« درء المفاسد أولى من جلب المصالح »
<u>188</u>	« سد الذرائع »
<u>110</u>	« سلامة العاقبة »
<u>110</u>	« الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف »
<u>109</u>	« العبرة بالحال أم بالمآل »
<u>290</u>	« العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني »
<u>247</u>	« قاعدة العرف »
<u>242</u>	« قاعدة تغيير الفتوى بتغير الزمان »
<u>244</u>	« قاعدة تنزيل الحاجة منزلة الضرورة »
<u>250</u> <u>253</u>	« قيام جماعة المسلمين مقام القاضي »
<u>242</u>	« لا ضرر ولا ضرار »
<u>242</u>	« لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان »
<u>158</u>	« للوسائل حكم مقاصدها »
<u>156</u>	« ما قارب الشيء هل يعطى حكمه »
<u>156</u>	« ما قارب الشيء يأخذ حكمه »
<u>156</u>	« المتوقع كالواقع »
<u>156</u>	« المتوقع هل يجعل كالواقع »
<u>156</u>	« المشرف على الزوال هل يعطى حكم الزائل؟ »
<u>132</u>	« من استعجل شيئا قبل حله بالمعصية قضى عليه بحرمانه »

<u>156</u>	«النظر إلى المقصود أو إلى الموجود؟»
<u>243</u>	«النظر في المآلات»
<u>156</u>	«هل الاعتبار بالحال أو بالمآل؟»
<u>156</u>	«هل النظر إلى حال التعلق أو حال وجود الصفة؟»
<u>110</u>	«ويتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام»
<u>293</u>	«يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء»

### فهرس النصوص القانونية

الصفحة	رقم المادة	النص القانوني
<u>355</u>	2/22	«الأجنبي الذي لا وراث له تؤول أمواله التي في العراق للدولة العراقية»
<u>355</u>	1/22	«اختلاف الجنسية غير مانع من الإرث في الأموال المنقولة و العقارات »
<u>307</u>	55	«إذا امتنعت الحاضنة عن الحضانة لا تجبر عليها »
<u>36</u> <u>64</u>	23 مكرر1	«إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية»
<u>99</u>	01	«إذا لم يسبق حمله لجنسية يعتمد قانون مكان ميلاده»
<u>337</u>	21	«الالتزام بالنفقة يسري عليه قانون المدين بها»
<u>307</u>	57	«الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية »
<u>99</u>	1/12	«أن تخضع الأحوال الشخصية لعديم الجنسية لقانون موطنه »
<u>93</u>	03	«أنه إذا كان الشخص يحمل جنسية دولتين أو أكثر »
<u>79</u>	42	«إنه مجرد المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة»
<u>97</u>	03	«تألف المحكمة من خمسة عشر عضوا ولا يجوز أن يكون فيها أكثر »
<u>286</u>	19	«تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي »
<u>80</u>	19	«تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان »
<u>13</u>	19	«تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز.»
<u>59</u>	10	«تسري القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم »
<u>57</u>	11	«تسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج »
<u>356</u>	71	«تصح الوصية في المنقول فقط مع اختلاف الدين »
<u>356</u>	2/23	«تطبق القوانين العراقية في صحة الوصية بالأموال الغير»
<u>11</u>	23 مكرر2	«تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة»
<u>97</u>	1/33	«تعيين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص »
<u>357</u>	01	«تؤول إلى الدولة ملكية التركات الشاغرة»
<u>303</u>	97	«الحضانة هي حفظ الولد مما يضره قدر المستطاع، و القيام بتربيته و مصالحه »
<u>303</u>	62	«الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه »
<u>166</u>	191.	«الدافع هو العلة التي تحمل الفاعل على الفعل، أو الغاية القصوى التي يتوخاها»
<u>311</u>	15/ب	«غير أنه عندما يقتضي الأمر حماية الطفل في شخصية»
<u>308</u>	1/3	«في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال »
<u>50</u>	2/10	«القانون الذي يعين ما إذا كان الشيء عقارا أو منقولا »

<u>49</u>	10	« القانون المصري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه »
<u>355</u>	22	« قضايا الميراث يسري عليها قانون المورث وقت موته »
<u>355</u>	23	« قضايا الوصايا يسري عليها قانون الموصي وقت موته »
<u>85</u>	141	« كل من نال عن حسن نية من عمل الغير »
<u>31</u>	1/582	« كل واقعة موصوفة بأنها جنائية معاقب عليها من القانون الجزائري »
<u>52</u>	21	« لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص »
<u>316</u>	148	« لا يترتب على البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب »
<u>67</u>	35	« لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي تعين تطبيقه طبقاً للنصوص السابقة .. »
<u>67</u> <u>86</u>	24	« لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة »
<u>72</u>	605	« لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية »
<u>84</u>	402	« لا يجوز للقضاة ولا للمدافعين القضائيين ولا للمحامين ولا للموثقين ولا لكتاب »
<u>64</u>	23	« متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق »
<u>356</u>	20	« المسائل الخاصة بالوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية عديمي »
<u>79</u>	1/40	« المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة »
<u>79</u>	36	« موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكنه الرئيسي »
<u>338</u>	184	« الوصية تملك مضاف لما بعد الموت بطريق التبع »
<u>338</u>	64	« الوصية: تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت »
<u>280</u>	2/97	« ويجري مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية »
<u>351</u>	98	« يثبت نسب المولود بالفراش »
<u>76</u>	28 فقرة 2	« يجب أن تكون الأسماء جزائرية وقد يكون خلاف ذلك بالنسبة للأطفال »
<u>76</u>	28	« يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقبه يلحق أولاده »
<u>51</u>	1/17	« يخضع التكييف سواء كان عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها »
<u>304</u>	189	« يراد بحضانة الصغير تربيته ورعايته والتعهد بتدبير طعامه وملبسه »
<u>58</u>	13	« يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها ... »
<u>86</u>	16.15	« يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها »
<u>82</u>	10	« يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم »
<u>357</u>	16	« يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت ق »
<u>71</u>	23 مكرر	« يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه »
<u>31</u>	1/3	« يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أرضي الجمهورية »
<u>51</u>	09	« يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد »
<u>8</u>	398	« يكون ثمة تنازع في الاختصاص بين القضاة ... »

<u>35</u>		
<u>78</u>	43	«يكون موطن الشخص في المكان الذي اتخذ فيه المركز الرئيس لأشغاله ومصالحه»
<u>78</u>	102	«يكون موطن كل فرنسي بالنسبة لاستعمال حقوقه المدنية»

### فهرس الأعلام المترجم لهم

الصفحة	اسم العلم
147	ابن السبكي (علي بن عبد الكافي بن علي)
121	ابن العربي (أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي المعافري)
174	ابن رجب الحنبلي (زين الدين عبد الرحمان بن أحمد)
121	ابن رشد (محمد بن أحمد بن رشد، أبو الوليد)
340	ابن سراقه (محمد بن يحيى بن سراقه العامري)
288	ابن شاس (جلال الدين أبو محمد عبد الله بن نجم)
3	ابن عطية (أبو محمد عبد الحق بن غالب)
146	ابن قدامه (أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد)
174	أبو داود (سليمان بن الأشعث بن إسحاق)
340	أبو العباس القاص (أحمد بن أبي أحمد الطبري البغدادي)
346	أسماء بنت أبي بكر الصديق ﷺ
131	الإسنوي (عبد الرحيم بن الحسن بن علي)
339	أصغ (أصغ بن الفرغ بن سعيد بن نافع)
113	الأمدي (أبو الحسن علي بن محمد)
120	البيضاوي (ناصر الدين أبو سعيد عبد الله بن عمر)
146	التفتازاني (سعد الدين مسعود بن عمر)
339	الخرشي (محمد بن عبد الله)
147	الزركشي (محمد بن بهادر بن عبد الله التركي)
225	الزمرخشي (محمود بن عمر بن محمد)
118	الشوكاني (أبو علي محمد بن علي بن محمد)
346	صفية (صفية بنت حبي بن أخطب من بني النضير)
147	الطوفي (سليمان بن عبد الكريم بن سعيد)
345	عبد الله بن دينار (مولى عبد الله بن عمر)
340	عبد الوهاب (عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي)

<u>147</u>	القرافي (شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أبي العلاء)
<u>336</u>	الكاساني (أبو بكر بن مسعود بن أحمد)
<u>345</u>	محمد بن الحنفية (محمد بن علي بن أبي طالب القرشي)
<u>340</u>	محمد بن يحيى بن سراقة العامري، أبو الحسن
<u>146</u>	المرداوي (علاء الدين، أبو الحسن علي بن سليمان)
<u>236</u>	مكحول (يكنى أبا عبد الله)
<u>240</u>	يحيى بن سلام (ابن أبي ثعلبة)

## فهرس المصادر والمراجع

1- القرآن الكرم رواءة ورش عن نافع.

### أولاً: كتب التفسفر وعلوم القرآن

- 2- ابن عطفة، المحرر الوجفز فف تفسير الكتاب العرفز، ففقق: مموعة من المققفن، مطبوعات وزارة الأوقاف والشئون الإسلامفة، قطر، ط2، 1428هـ-2007م.
- 3- ابن قفم الجوزفة، التفسفر القفم، ففقق: محمد حامد الفقف، دار الكتب العلمفة، بفروت.
- 4- أبو بكر الجزائري، أفسر التفاسفر لكلام العلف الكفر، مكتبة العلوم والحكم، المفةنة المنورة، ط3، 1418هـ-1997م.
- 5- أبو حفان الأندلسف، ففسفر البحر المحفط، ففقق: عادل أحمد، علف معوض، دار الكتب العلمفة، ط1، 1413هـ-1993م.
- 6- أبو سعفد عبء الله بن عمر البفضاوف، أنوار التنزفل وأسرار التأوفل، (ففسفر البفضاوف)، دار الكتب العلمفة، بفروت ط1، 1408هـ.
- 7- أبو بكر محمد ابن العربف، أحكام القرآن، ففقق: علف محمد البضاوف، دار المعرفة، بفروت.
- 8- أحمد بن علف الرازف البضااص، أحكام القرآن، ففقق: محمد صادق قمحاوف، دار إحفاء الكتب العربفة، مؤسسة التاريخ العربف، 1412هـ-1992م.
- 9- أحمد بن مصطفف المراغف، ففسفر المراغف، مصطفف البافف الحلبف وأولاءه بمصر، ط1، 1365هـ-1946م.
- 10- بءر الءفن الزركشف، البرهان فف علوم القرآن، ففقق: فوسف المرعشلف وآخران، دار المعرفة، ط1، 1410هـ-1990م.
- 11- جلال الءفن السفوطف، الإتقان، ففقق: مركز الدراسات القرآنة، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، ط1، 1426هـ.
- 12- السعءف، عبء الرحمن بن ناصر، ففسفر الكرم الرحمن فف ففسفر كلام المنان، ففصحف: محمد البسام، مطبعة المءنف، مصر، 1408هـ.
- 13- الشافعف، محمد بن إءرفس، أحكام القرآن، ففقق: عبء الغنف عبء الخالق، مكتبة الخانجف، ط2، 1414هـ-1994م.
- 14- الصابونف، مُمءد علف، روائع البفان ففسفر آفاب الأحكام، بفروت، مؤسسة مناهل العرفان، ط3، 1980م.
- 15- الطاهر ابن عاشور، الففررف والنوفرف، مكتبة العلوم والحكم، المفةنة النبوة.
- 16- عبء الوهاب النجار، قصص الأنبفاء، مكتبه دار التراث، سنه 1985م.
- 17- العز بن عبء السلام، ففسفر القرآن، ففقق: عبء الله بن إبراهيم الوهف، دار ابن حزم، بفروت، 1416هـ-1996م.
- 18- عماء الءفن إسماعل بن كثر، ففسفر القرآن العظفم، مكتبة الصفا، القاورة، ط1، 2004م.



- 19- عماد الدين بن محمد الطبري (الكيا الهراس)، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، ط1، 1403هـ - 1983م.
- 20- فخر الدين الرازي، التفسير الكبير ومفتاح الغيب، دار الكتب العلمية، بيروت، 2004م - 1425هـ.
- 21- محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي أبو عبد الله، الجامع لأحكام القرآن تفسير القرطبي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، 1427هـ - 2006م.
- 22- محمد بن جرير الطبري، جامع البيان في تأويل آي القرآن، مؤسسة الرسالة، ط1، 1420هـ - 2000م.
- 23- محمد بن علي الشوكاني، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، مكتبة أم القرى.
- 24- محمد بن يعقوب الفيروز آبادي مجد الدين، بصائر ذوي التمييز، تحقيق: محمد علي النجار، عبد العليم الطحاوي، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، ط3، 1416هـ - 1996م.
- 25- محمد سيد طنطاوي، التفسير الوسيط للقرآن الكريم، دار نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، الفجالة، القاهرة.
- 26- محمد متولي الشعراوي، خواطري حول القرآن الكريم، أخبار اليوم، 1991م.
- 27- محمود الألوسي أبو الفضل، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- 28- وهبة الزحيلي، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، دار الفكر، دمشق، ط1، 1991م.

### ثانياً: كتب الحديث و السنة

- 29- آباذي، محمد شمس الحق العظيم، عون المعبود، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415هـ.
- 30- ابن أبي شيبة عبد الله بن محمد، مصنف ابن أبي شيبة، تحقيق: محمد عوامة، دار القبلة، مؤسسة علوم القرآن، ط1، 1427هـ - 2006م.
- 31- ابن الأثير الجزري، جامع الأصول في أحاديث الرسول، تحقيق: عبد القادر الأرناؤوط، بشير عيون، مكتبة الحلواني، مطبعة الملاح، مكتبة دار البيان، ط1، 1389هـ - 1969م.
- 32- ابن الجوزي عبد الرحمن، غريب الحديث، تعليق: عبد المعطي قلعجي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1405هـ.
- 33- ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ.
- 34- ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني، موافقة الخبر الخبر في تخريج أحاديث المختصر، تحقيق: مدي عبد المجيد السلفي، وصحي السيد جاسم، مكتبة الرشد، الرياض، ط3، 1419هـ - 1998م.
- 35- ابن حجر، أحمد بن علي، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، تحقيق: السيد عبد الله هاشم دار المعرفة، بيروت.
- 36- ابن حنبل، أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني، مسند الإمام أحمد، مؤسسة قرطبة، القاهرة.
- 37- ابن دقيق العيد، أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، تحقيق: محمد حامد الفقي، أحمد محمد شاكر، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، 1372هـ - 1953م.
- 38- ابن عبد البر، أبو عمر، يوسف بن عبد الله، التمهيد، ترتيب: عطية سالم، دار الصفا، مصر، ط1، 1416هـ.
- 39- ابن قيم الجوزية، حاشية ابن القيم على سنن أبي داود، تحقيق: عبد الرحمن محمد عثمان، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، ط2، 1388هـ، 1968م.

- 40- أبو العباس أحمد بن عمر القرطبي، المفهم لما أشكل من كتاب تلخيص مسلم، تحقيق: محي الدين ديب مستو، وآخرون، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب، ط1، 1996هـ - 1417م.
- 41- أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، المنتقى شرح الموطأ، دار السعادة، ط1، 1332هـ.
- 42- أبو بكر محمد بن عبد الله ابن العربي، القيس في شرح موطأ ابن أنس، محمد عبد الله ولد كريم، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1992م.
- 43- أبو داود، سليمان بن الأشعث الأزدي، سنن أبي داود، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، دار الرسالة العالمية، 1430هـ - 2009م.
- 44- أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار احياء التراث العربي، بيروت، ط2، 1392هـ.
- 45- أبو سليمان الخطابي، معالم السنن، تحقيق: محمد راغب الطباخ، المطبعة العلمية، حلب، ط1، 1351هـ - 1932م.
- 46- أبو عُبيد القاسم بن سلام الهروي، غريب الحديث، دار الكتب العلمية، بيروت.
- 47- أحمد بن عبد الرحمن السلامي ابن رجب، جامع العلوم الحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ط5، 1412هـ.
- 48- الألباني، محمد ناصر الدين، إرواء الغليل، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1405هـ - 1985م.
- 49- السلسلة الصحيحة، مكتبة المعارف، الرياض.
- 50- السلسلة الضعيفة، مكتبة المعارف، الرياض.
- 51- صحيح سنن ابن ماجه، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، 1408هـ.
- 52- صحيح سنن أبي داود، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1، 1989م.
- 53- صحيح وضعيف سنن النسائي، برنامج منظومة التحقيقات الحديثية - المجاني - من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية.
- 54- الألباني، محمد ناصر الدين، غاية المرام في تخريج أحاديث الحلال والحرام، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، 1405هـ.
- 55- البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، دار ابن كثير، بيروت، ط3، 1407هـ - 1987م.
- 56- البوصيري، مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه، دار الوطن، الرياض، ط1، 1420هـ - 1999م.
- 57- البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، ط3، 1424هـ - 2003م.
- 58- الترمذي، سنن الترمذي، تحقيق: صدقي جميل العطار، دار الفكر، 1426هـ - 2005م.
- 59- الحسين بن مسعود البغوي، شرح السنة، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، دمشق، بيروت، ط2، 1403هـ - 1983م.
- 60- الخرساني، سعيد بن منصور، سنن سعيد بن منصور، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 61- الدار قطني، علي بن عمر، سنن الدار قطني، تحقيق: السيد عبد الله هاشم يماني المدني، دار المعرفة،

- بيروت، 1386هـ - 1966م.
- 62- الدارمي، عبد الله بن عبد الرحمن، سنن الدارمي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1407هـ.
- 63- الزمخشري محمود بن عمر، الفائق في غريب الحديث، تحقيق: علي محمد البجاوي ومحمد أبو الفضل إبراهيم، دار المعرفة، لبنان، ط2.
- 64- الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السلام، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف، ط1، 1427هـ - 2006م.
- 65- الطبراني، مسند الشاميين، تحقيق: حمدي السلفي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1409هـ - 1989م.
- 66- الطيبي شرف الدين، الكاشف عن حقائق السنن، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، مكتبة نزار مصطفى الباز مكة المكرمة، الرياض، ط1، 1417هـ - 1997م.
- 67- عبد الرزاق بن همام الصنعاني، مصنف عبد الرزاق، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي، جنوب أفريقيا، ط1، 1390هـ - 1970م.
- 68- العجلوني، إسماعيل بن محمد بن عبد الهادي، كشف الخفا ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس، مكتبة حسام الدين القدسي (المقدسي) 1351هـ.
- 69- العراقي، أبو الفضل زين الدين عبد الرحيم، طرح الشريب في شرح التقريب، تحقيق: أحمد أبو زرعة، دار إحياء التراث العربي.
- 70- القاضي عياض، إكمال المعلم بفوائد مسلم، تحقيق: يحيى إسماعيل، دار الوفاء، ط1، 1419هـ - 1998م.
- 71- القزويني، أبو عبد الله محمد بن يزيد، سنن ابن ماجة، دار الفكر، بيروت.
- 72- مالك، الموطأ، رواية أبي مصعب الزهري المدني، حققه وعلق عليه: ستار عواد معروف ومحمود محمد خليل، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط2، 1993م.
- 73- المباركفوري، محمد عبد الرحمن، تحفة الأحوذى، دار الكتب العلمية، بيروت.
- 74- مجد الدين بن الأثير، النهاية في غريب الحديث، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، 1399هـ - 1979م.
- 75- محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخبار، تحقيق: عصام الدين الصباطي، دار الحديث، مصر، ط1، 1413هـ - 1993م.
- 76- مسلم، مسلم بن حجاج، صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- 77- النسائي، أحمد بن شعيب، السنن الكبرى، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري والسيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ - 1991م.
- 78- النيسابوري، محمد بن عبد الله الحاكم، المستدرک على الصحيحين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ - 1990م.
- 79- الهيثمي نور الدين علي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، تحقق: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، القاهرة، 1414هـ - 1994م.

**ثالثاً: كتب أصول الفقه والقواعد الفقهية**

- 80- إبراهيم بن علي الشيرازي، التبصرة في أصول الفقه، تحقيق: محمد حسن هيتو، 1403هـ-1983م.
- 81- ابن السبكي، تاج الدين عبد الوهاب، الأشياء والنظائر، تحقيق: عادل عبد الموجود، وعلي عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ.
- 82- ابن العربي، محمد بن عبد الله أبي بكر، المحصول في أصول الفقه، تحقيق: حسين علي البدري، دار البيارق، الأردن، 1420هـ.
- 83- ابن جزي، أبو القاسم محمد، تقريب الوصول إلى علم الأصول، تحقيق: محمد المختار بن محمد الأمين الشنقيطي، 1423هـ - 2002م.
- 84- ابن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1992م.
- 85- ابن عاشور الطاهر، مقاصد الشريعة، تحقيق: محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس، الأردن، ط2، 1421هـ-2001م.
- 86- ابن عقيل بن محمد ابن عقيل، الواضح في أصول الفقه، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، 1420هـ-1999م.
- 87- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد، روضة الناظر وحنة المناظر، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، 1423هـ-2002م.
- 88- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، تحقيق: محمد مطيع الحافظ، دار الفكر، بيروت، 1999م.
- 89- أبو الحسن سيد الدين علي، الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، لبنان.
- 90- أبو العباس شهاب الدين أحمد القرافي، شرح تنقيح الفصول، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات بدار الفكر، دار الفكر، لبنان، 1424هـ-2004م.
- 91- أبو المظفر، منصور بن محمد السمعاني، قواطع الأدلة في الأصول، تحقيق: عبد الله بن حافظ الحكمي، علي بن عباس الحكمي، مكتبة التوبة، 1418هـ-1998م.
- 92- أبو المعالي الجويني عبد الملك بن عبد الله، البرهان، دار الجيل، بيروت، ط2، 1400هـ-1980م.
- 93- أبو حامد محمد الغزالي، المستصفى في علم الأصول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1.
- 94- أبو شجاع محمد بن علي، تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة، ونبد مذهبية نافعة، تحقيق: صالح بن ناصر بن صالح الخزيم مكتبة الرشد، السعودية، الرياض، ط1، 1422هـ - 2001م.
- 95- أبو الوليد الباجي، كتاب الحدود، تحقيق: نزيه حماد، ط1، 1362هـ-1973م.
- 96- أحمد الريسوني، الاجتهاد، النص، الواقع، المصلحة، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، ط1، 2012م.
- 97- ، مدخل إلى مقاصد الشريعة، المكتبة السلفية، ط1، 1996م.
- 98- ، الفكر المقاصدي، قواعده وفوائده منشورات جريدة الزمن، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1999م.
- 99- أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، طبع المعهد العالمي للفكر الإسلامي في الولايات

- المتحدة الأمريكية، ط4، 1416م.
- 100- أحمد بن أبي سهل السرخسي، أصول السرخسي، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، ط1، 1414هـ - 1993م.
- 101- أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص، الفصول في الأصول، تحقيق: عجيل جاسم النشمي، طبع وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت، ط2، 1414هـ - 1994م.
- 102- أحمد بن يحيى الونشريسي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، تحقيق: أحمد بوطاهر الخطابي، طبع بالرباط، سنة 1400هـ - 1980م.
- 103- أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، اعتنى به: عبد الستار أبو غدة، مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، سوريا، ط2، 1409هـ - 1989م.
- 104- الإسنوي، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، تحقيق: محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1400هـ.
- 105- آل تيمية، المسودة في أصول الفقه، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، مطبعة المدني، القاهرة، 1384هـ - 1964م.
- 106- الآمدي، علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق سيد الجميلي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1986م.
- 107- محمد بن بهادر الزركشي، البحر المحيط، دار الكتبي، ط1، 1414هـ - 1994م.
- 108- المنثور في القواعد، تحقيق: تيسير فائق أحمد محمود، وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، 1405هـ - 1985م.
- 109- تقي الدين أبو الحسن علي السبكي وولده عبد الوهاب، الإبهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، 1416هـ - 1995م.
- 110- جمال الدين أبي عمرو عثمان ابن الحاجب، مختصر منتهى السؤل والأمل في علمي الأصول والجدل، تحقيق: نذير حمادو، دار ابن حزم، ط1، 1427هـ.
- 111- جمال الدين عطية، نحو تفعيل المقاصد، دار الفكر، دمشق، ط1، 2001م.
- 112- الرازي، محمد بن عمر بن الحسين الرازي، المحصول في علم الأصول، تحقيق: طه جابر العلواني، دار النشر جامعة لإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ط1، 1400هـ.
- 113- السبكي تقي الدين، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1999م.
- 114- سعد الدين مسعود بن عمر التفتزاني، شرح التلويح على التوضيح، اعتنى به: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1.
- 115- سليمان بن عبد القوي نجم الدين الطوفي، مختصر شرح الروضة، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، 1407هـ - 1987م.
- 116- سميح عبد الوهاب الجندي، أهمية المقاصد في الشريعة الإسلامية، دار الإيمان، الإسكندرية.
- 117- السنوسي عبد الرحمن، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، دار ابن الجوزي، ط1، 1424هـ.
- 118- سوسوه، عبد المجيد محمد، دراسات في الاجتهاد وفهم النص، دار البشائر الإسلامية.

- 119- السيوطي عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشياء والنظائر، تحقيق: مركز الدراسات والبحوث بمكتبة نزار الباز، مكتبة نزار مصطفى الباز مكة المكرمة، الرياض، ط2، 1418 هـ - 1997م.
- 120- الشاطبي، إبراهيم بن موسى، الموافقات، تحقيق: عبد الله دراز، مكتبة الرياض الحديثة.
- 121- ، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط1، 1417هـ-1997م.
- 122- شعبان محمد اسماعيل، أصول الفقه تاريخه ورجاله، دار المريخ، الرياض، ط1، 1401هـ-1981م.
- 123- الشنقيطي، عبد الله بن إبراهيم، نشر البنود على مراقبي السعود، صندوق إحياء التراث الإسلامي، المغرب.
- 124- الشنقيطي، محمد الأمين بن المختار، مذكرة في أصول الفقه، مجمع الفقه الإسلامي بجدة، دار عالم الفوائد، ط1، 1426هـ.
- 125- شهاب الدين أبو العباس، القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق، تحقيق: عمر حسن القيام، مؤسسة الرسالة ناشرون، ط1، 1424هـ - 2003م.
- 126- عادل عبد القادر قوتة، العرف، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، ط1، 1428 هـ - 2007م.
- 127- عبد الرحمان زايدي، الاجتهاد بتحقيق المناط وسلطانه في الفقه الإسلامي، دار الحديث، القاهرة، مصر، ط1، 1426هـ.
- 128- عبد الرحيم بن الحسن الإسنوي، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، تحقيق: محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1401هـ-1981م.
- 129- عبد الرحيم بن الحسن الإسنوي، نهاية السؤل في شرح منهاج الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت.
- 130- عبد الكريم زيدان، المدخل، مكتبة عمر بن الخطاب، الإسكندرية.
- 131- عبد المجيد النجار، مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، دار الغرب الإسلامي، ط2، 2008م.
- 132- عبد النور بزا، مصالح الإنسان مقارنة مقاصدية، الناشر المعهد العالمي للفكر الإسلامي؛ ط1، 2008م.
- 133- عثمان شوشان، تخريج الفروع على الأصول، دار طيبة للنشر، 1998م.
- 134- علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، وضع حواشيه: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، لبنان.
- 135- علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، دار الغرب الإسلامي، ط5، 1993م.
- 136- علي بن سليمان المردوي، التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، مكتبة الرشد، 1421هـ - 2000م.
- 137- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، دار عالم الكتب، 1423هـ - 2003م.
- 138- عياض بن نامي السلمي، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، دار التدمرية، الرياض، ط1، 1426 هـ - 2005م.
- 139- الغزالي أبو حامد، المنحول من تعليقات الأصول، تحقيق: محمد حسن هيتو، دمشق، دار الفكر، ط2، 1400 هـ - 1980م.
- 140- فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت،

- ط3، 1434 هـ - 2013 م.
- 141- الفتوحى، ابن النجار، شرح الكوكب المنير، تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، الرياض، 1993 م.
- 142- فريد الأنصاري، المصطلح الأصولي عند الشاطبي، ط1، 1424 هـ- 2004 م.
- 143- قطب مصطفى سانو، أدوات النظر الاجتهادي المنشود، دار الفكر المعاصر، 2000 م.
- 144- الكيلاني، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، دار الفكر، دمشق، ط1، 1421 هـ.
- 145- مبارك عامر بقنه، العلة عند الأصوليين.
- 146- متولي البراجيلي، دراسات في أصول الفقه مصادر التشريع، مكتبة السنة، القاهرة، ط1، 1430 هـ- 2010 م.
- 147- محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، 1417 هـ 1997 م.
- 148- محمد بكر إسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، دار المنار، القاهرة، 1997 م.
- 149- محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، رتبه وضبطه: محمد عبد السلام ابراهيم، دار الكتب العلمية، ط1، 1411 هـ- 1991 م.
- 150- محمد بن علي البصري، المعتمد في أصول الفقه، تحقيق: خليل الميس، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1403 هـ.
- 151- محمد بن علي الشوكاني، رشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق محمد سعيد البديري، دار الفكر، بيروت، ط1، 1412 هـ- 1992 م.
- 152- محمد بن محمد الغزالي، شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، تحقيق: حمد الكبيسي، طبعة الارشاد، بغداد، 1390 هـ- 1971 م.
- 153- مسلم الدوسري، عموم البلوى، دراسة نظرية تطبيقية، مكتبة الرشد، الرياض.
- 154- مصطفى شلبي، تعليل الأحكام، بيروت، دار النهضة العربية، 1981 م.
- 155- مصطفى مخدوم، قواعد الوسائل في الشريعة الإسلامية، دار اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 1420 هـ- 1999 م.
- 156- المقري، القواعد، تحقيق: أحمد بن عبد الله بن حميد، مركز إحياء التراث الإسلامي مكة المكرمة.
- 157- نعمان جعيم، طرق الكشف عن مقاصد الشريعة، دار النفائس، عمان، ط1، 1422 هـ - 2002 م.
- 158- نور الدين الخادمي، الدليل عند الظاهرية، دار ابن حزم، ط1، 2000 م.
- 159- نور الدين بن مختار الخادمي، الاجتهاد المقاصدي، مكتبة العبيكان، ط1، 1421 هـ- 2001 م.
- 160- وليد بن علي الحسين، مآلات الأفعال وأثرها الفقهي، دار التدمرية، الرياض، ط2، 1430 هـ- 2009 م.
- 161- وهبه الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، ط1، 1406 هـ - 1986 م.
- 162- يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، القواعد الفقهية، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1418 هـ 1998 م.
- 163- ، التخريج، مكتبة الرشد، السعودية، ط1، 1429 هـ- 2008 م.
- 164- ، القواعد الفقهية، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1418 هـ- 1998 م.
- 165- يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، قاعدة العادة محكمة، مكتبة الرشد، الرياض، ط2، 1433 هـ-

2012م.

166- يوسف بن عبد الله أحميتو، مبدأ اعتبار المآل في البحث الفقهي، مركز نماء للبحوث، بيروت، ط1،

2012م.

### رابعاً: كتب الفقه

167- إبراهيم بن هلال بن علي السجلماسي، الدر النثير على أجوبة أبي الحسن الصغير، وصاحب النوازل أبو

الحسن علي بن محمد بن عبد الحق الزرويلي الشهير بأبي الحسن الصغير، دار ابن حزم ط1، 2011م.

168- ابن أمير الحاج، أبو عبد الله، شمس الدين محمد، التقرير والتحبير في شرح التحرير لابن الهمام، دار

الكتب العلمية بيروت، ط2، 1403هـ - 1983م.

169- ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد، شرح العمدة، تحقيق: خالد بن علي بن محمد المشيقح، دار

العاصمة، الرياض، ط1، 1418هـ-1997م.

170- ابن حزم، أبو محمد علي، المحلى، تحقيق: محمد منير الدمشقي، نشر إدارة الطباعة المنيرية، ط1،

1352هـ.

171- ابن رشد، أبو الوليد محمد، المقدمات الممهديات، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1408هـ - 1988م.

172- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، ط2، 1386هـ.

173- ابن عبد البر أبو عمر يوسف، الاستذكار، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعي، دار قتيبة، دار الوعي،

1414هـ-1993م.

174- ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله، الكافي في فقه ابن حنبل، تحقيق: زهير شاويش، بيروت،

المكتب الإسلامي، ط5، 1408هـ.

175- ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد، المغني، مكتبة القاهرة، 1388هـ - 1968م.

176- عمدة الفقه، مكتبة الطرفين، الطائف.

177- ابن مازة، أبو المعالي برهان الدين محمود بن مازة البخاري، المحيط البرهاني، دار إحياء التراث العربي.

178- ابن مفتاح عبد الله بن أبي القاسم، شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدرار، جامعة الملك سعود،

1957م.

179- ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2.

180- أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، 1425هـ -

2004م.

181- أبو بكر أحمد بن علي الجصاص، مختصر اختلاف العلماء، تحقيق: عبد الله نذير أحمد، دار البشائر

الإسلامية بيروت، ط1، 1416هـ-1995م.

182- أبو بكر بن مسعود الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط2، 1406هـ-

1986م.

183- أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، وآخرون، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1994م.

184- أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني، الفتاوى الكبرى، تحقيق: حسنين محمد مخلوف، دار المعرفة،



- بيروت، ط1، 1386هـ.
- 185- الأزهرى، صالح عبد السميع، الثمر الداني شرح رسالة القيرواني، المكتبة الثقافية، بيروت.
- 186- الأنصاري، زكريا بن محمد، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.
- 187- البركني، محمد عميم الإحسان المجددي، قواعد الفقه، الصدف بيلشرز- كراتشي، ط1، 1407هـ- 1986م
- 188- جعفر الحلبي، المختصر النافع، دار الأضواء، بيروت لبنان، ط2، 1985م.
- 189- جمال الدين أبو محمد عبد الله الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، السعودية، ط1، 1418هـ- 1997م.
- 190- حسن بن محمد بن محمود العطار، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، دار الكتب العلمية.
- 191- الحطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد، مواهب الجليل، مكتبة النجاح، طرابلس، ليبيا.
- 192- الخرشى، محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة، بيروت.
- 193- الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق: محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، ط1، 1418هـ - 1997م.
- 194- الدردير أحمد بن محمد، الشرح الصغير على أقرب المسالك، تحقيق: مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة.
- 195- الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1، 1418هـ - 1998م.
- 196- الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، تحقيق: عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، ط1، 1422هـ - 2002م.
- 197- السرخسي شمس الدين، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1406هـ.
- 198- الشافعي، محمد بن ادريس، الأم، دار المعرفة، بيروت، 1410هـ - 1990م.
- 199- شبير، محمد عثمان، التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، دار القلم، دمشق، 2004م.
- 200- الشرواني، عبد الحميد، حواشي الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، دار الفكر، بيروت.
- 201- شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مطبعة الباي الحلبي، القاهرة، 1938م.
- 202- الشوكاني، محمد بن علي، فتح القدير، دار الفكر، بيروت.
- 203- الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي، المهذب، دار الكتب العلمية.
- 204- عبد السلام العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية، مكتبة الأقصى، عمان، الأردن، ط1، 1379هـ- 1977م.
- 205- عبد العلي محمد بن نظام الدين، فواتح الرحموت، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، 1423هـ - 2002م.
- 206- عبد الله الخنين، توصيف الأفضية في الشريعة الإسلامية، نشر مكتبة العبيكان، 1429هـ.
- 207- عبد الله بن بيه، صناعة الفتوى وفقه الأقليات، دار المنهاج، جدة، ط1، 1428هـ- 2007م.

- 208- عبيد الله بن محمد بن بطة العكبري، إبطال الحيل، تحقيق: سليمان بن عبد الله العمير، مؤسسة الرسالة، ط1، 1417هـ-1996م.
- 209- علاء الدين أبو الحسن المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، ط2.
- 210- علي بن خلف، كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، تحقيق: أحمد حمدي إمام، مطبعة المدني، ط1، 1409هـ-1989م.
- 211- العمراني، محمد الكدي، فقه الأسرة المسلمة في المهاجر، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 2000م.
- 212- القابسي، الحاوي القدسي، تحقيق جمال الدين، صالح العلي، حولي دار النوادر، دمشق بيروت، ط1، 1432هـ-2011م.
- 213- القرافي، شهاب الدين أبي العباس، الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، طبعة مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، 1416هـ.
- 214- القونوي قاسم بن عبد الله، أنيس الفقهاء، تحقيق: أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي، منشورات، دار ابن الجوزي، ط1، 1427هـ.
- 215- الكمال بن الهمام، فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1424هـ - 2003م.
- 216- مالك بن انس، المدونة، مطبعة السعادة، وزارة الأوقاف السعودية.
- 217- محمد أطفيش في شرح النيل، مكتبة الإرشاد، جده، ودار الفتح، بيروت، ط2، 1973م.
- 218- محمد الجيزاني، فقه النوازل، دراسة تأصيلية تطبيقية، دار ابن الجوزي، ط2، 1426هـ-2006م.
- 219- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، على الشرح الكبير، دار الفكر.
- 220- محمد بن أحمد بن محمد (عليش)، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، 1409هـ-1989م.
- 221- محمد بن الحسن البناني، حاشية البناني على شرح الزرقاني على مختصر خليل، تحقيق: عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، 2002م.
- 222- محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، دار ابن الجوزي، ط1، 1422هـ.
- 223- محمد بن علي الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تحقيق: محمود إبراهيم زايد، وزارة الأوقاف، القاهرة، 1408هـ-1988م.
- 224- محمد جواد مغنيه، فقه الإمام الصادق، دار العلم للملايين، بيروت، ط2، 1978م.
- 225- حمد عبد الحي اللكنوي، الفوائد البهية، المطبع المصطفائي المحمدي، الهند، 1293 هـ.
- 226- حمد عمر سماعي، نظرية الاحتياط الفقهي، دار ابن حزم، ط1، 2007م.
- 227- محمد يُسري إبراهيم، فقه النوازل للأقليات المسلمة - تأصيلًا وتطبيقًا، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، 1433هـ-2012م.
- 228- المرغناني، علي بن أبي بكر، الهداية في شرح بداية المبتدي، اعتنى به: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1، 1416هـ.
- 229- المزني، مختصر المزني، دار المعرفة، بيروت.
- 230- مسفر بن علي القحطاني، المنهج في استنباط أحكام النوازل، دار ابن حزم، 2003م.

- 231- منيب بن محمود شاكر، العمل بالاحتياط في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الرياض، ط1، 1418هـ-1998م.
- 232- المواق، محمد بن يوسف، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، ط1، 1416هـ-1994م.
- 233- النفروي أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني، اعتنى به: عبد الوارث محمد علي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م.
- 234- النووي، محي الدين بن شرف، المجموع، دار الفكر، بيروت، 1417هـ-1996م.
- 235- الهيثمي، أحمد بن محمد، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي.
- 236- وائل بن عبدالله الهويريني، المنهج في استنباط أحكام النوازل، مكتبة الرشد، الرياض، 1433هـ.
- 237- الونشريسي، أبو العباس أحمد، المعيار المعرب والجامع المغرب، تحقيق: محمد حجي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، ودار الغرب الإسلامي، 1401هـ - 1981م.
- 238- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر دمشق، ط3، 1433هـ - 2012م.
- 239- أبو زهرة، عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة.
- 240- يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، تحقيق: عادل عبد الموجود، دار عالم المكتبات، بيروت، 1423هـ.

#### خامسا: كتب العقيدة

- 241- ابن قيم الجوزية، الروح، تحقيق: محمد اسكندر بلدا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1402هـ-1982م.
- 242- سعد الدين إبراهيم، الملل والنحل والأعراف، هموم الأقليات في الوطن العربي، مركز ابن خلدون، القاهرة، 1994م.
- 243- عبد القادر شيبه الحمد، الأديان والفرق والمذاهب المعاصرة، مطبوعات الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة.
- 244- عبد القاهر البغدادي، الفرق بين الفرق، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط2، 1977م.
- 245- اللالكائي، هبة الله بن الحسن، في شرح أصول اعتقاد أهل السنة والجماعة، تحقيق: أحمد بن سعد بن حمدان الغامد، دار طيبة، ط4، 1416هـ-1995م.
- 246- محمد بن عبد الكريم الشهرستاني، الملل والنحل، تحقيق: أحمد فهمي محمد، دار الكتب العلمية، ط2، 1413هـ-1992م.

#### سادسا: كتب اللغة والمعاجم والموسوعات

- 247- ابن حجر العسقلاني، تبصير المنتبه بتحرير المشتبه، تحقيق: محمد علي النجار، مراجعة: علي محمد الجاوي، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، 1967م.
- 248- ابن فارس، أحمد، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399هـ - 1979م.
- 249- ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 2000م.
- 250- أبو عبيد، القاسم بن سلام الهروي، الغريب لابن سلام، مطبعة دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد-الذكن، ط1، 1384هـ - 1964م.
- 251- أبو منصور محمد بن أحمد الأزهرى، تهذيب اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، وآخرون، الدار المصرية

- للتأليف والترجمة، 1334هـ-1964م.
- 252- أبو موسى المدني، المجموع المغيث في غريب القرآن والحديث، تحقيق: عبد الكريم العزباوي، جامعة أم القرى، ط1، 1408هـ - 1988م.
- 253- أحمد بن أحمد المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت.
- 254- إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط4، 1407هـ - 1987م.
- 255- بكر محمد السجستاني، غريب القرآن، تحقيق: عبد الواحد حمران، دار فتيبة، ط1، 1995م.
- 256- جبران مسعود، الرائد معجم لغوي عصري، دار العلم للملايين، 1992م.
- 257- الجرجاني، علي بن محمد بن علي، التعريفات، تحقيق: محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة.
- 258- جميل صليبا، المعجم الفلسفي، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، 1414هـ - 1994م.
- 259- جيرار كورنو، ترجمة: منصور القاضي، معجم المصطلحات القانونية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 1418هـ - 1998م.
- 260- الحفني، عبد المنعم، المعجم الفلسفي، دار ابن زيدون، بيروت.
- 261- الخضري، محمد بن مصطفى، حاشية الخضري على شرح ابن عقيل، دار الفكر، 1398هـ.
- 262- الراغب الأصفهاني أبو القاسم، المفردات في غريب القرآن، دار القلم، الدار الشامية دمشق بيروت، ط1، 1412هـ.
- 263- زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، تحقيق: مازن المبارك، مركز جمعة الماجد بالتعاون مع دار الفكر المعاصر، 1411هـ-1991م.
- 264- الزمخشري، أبو القاسم جار الله، أساس البلاغة، تحقيق عبد الرحيم محمود، دار المعرفة، بيروت، 1982م.
- 265- زين الدين محمد المناوي، التعاريف، دار الفكر المعاصر، دار الفكر، بيروت، دمشق، ط1، 1410هـ.
- 266- عادل عبد السلام، أمل يازجي، الموسوعة العربية، المجلد الثالث، العلوم القانونية والاقتصادية، السياسة، الأقبليات، <http://www.arab-ency.com>
- 267- الفراهيدي، الخليل بن أحمد، العين، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان.
- 268- الفيروز أبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، مطبعة السعادة، مصر.
- 269- قطب مصطفى سانو، معجم مصطلحات أصول الفقه، دار الفكر، ط1، 1420هـ - 2000م.
- 270- الكفوي، أبو البقاء، الكلبيات، معجم المصطلحات والفروق اللغوية، تحقيق: عدنان درويش ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1993م.
- 271- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، دار الدعوة، القاهرة.
- 272- مجمع اللغة العربية، معجم القانون، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، 1420هـ-1990م.
- 273- مجموعة من الاقتصاديين، الموسوعة الاقتصادية، إعداد وتعريب: عادل المهدي و حسين الهموندي، دار ابن خلدون، بيروت، ط1، 1980م.

- 274- محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، المطبعة الكلية، مصر، ط1، 1329 هـ.
- 275- محمد بن علي الصبان، حاشية الصبان، على شرح الأشموني، ترتيب مصطفى حسين أحمد، دار الفكر.
- 276- محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، ط2، 1408هـ- 1988م.
- 277- محمد عبد الرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، تحقيق: عبد الحميد صالح حمدان، عالم الكتب، القاهرة، ط1، 1410هـ - 1990م.
- 278- محمد علي التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، تحقيق: رفيق العجم، علي دحروج، مكتبة لبنان، بيروت، ط1، 1996م.
- 279- محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: علي شيري، دار الفكر.
- 280- محمود ربيع وآخرون، موسوعة العلوم السياسية، مطبعة دار الوطن، الكويت، 1994م.
- 281- مراد وهبه، المعجم الفلسفي، دار قباء الحديثة، ط4، 2007م.
- 282- مجموعة من اللغويين، المعجم الوسيط، تحقيق: مجمع اللغة العربية، المكتبة الإسلامية، استانبول، ط2.
- 283- معلوف لويس، المنجد في اللغة والأعلام، دار المشرق، بيروت، ط28، 1986م.
- 284- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، الكويت، ط2، 1404هـ- 1983م.

### سابعا: كتب التراجم والسير

- 285- ابن الأبار، المعجم في أصحاب القاضي الإمام أبي علي الصدفي، طبعة مدريد عام 1885م.
- 286- ابن تغري بردي، النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1413هـ- 1992م.
- 287- ابن حجر العسقلاني، لسان الميزان، دار الفكر.
- 288- ابن خلكان، أبو العباس شمس الدين أحمد، وفيات الأعيان، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، 1972م.
- 289- ابن رجب، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد، الذيل على طبقات الحنابلة، تحقيق: عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1، 1425هـ - 2005م.
- 290- ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد، الديباج المذهب، تحقيق: مأمون بن محي الدين البنان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1417هـ- 1996م.
- 291- أبو الحسنات محمد اللكنوي، الفوائد البهية في تراجم الحنفية، تصحيح: محمد بدر الدين النعساني، دار المعرفة، بيروت.
- 292- أبو بكر عبد الله بن محمد المالكي، رياض النفوس في طبقات علماء القيروان و افريقية، تحقيق: بشير البكوش، محمد العروسي المطوي، دار الغرب الإسلامي.
- 293- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، الدرر الكامنة، تحقيق: محمد عبد المعيد ضان دائرة المعارف العثمانية، الهند، 1392هـ - 1972م.
- 294- إسماعيل باشا البغدادي، هدية العرفين، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- 295- تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب، السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق: محمود محمد الطناحي،

- عبد الفتاح الحلو، فيصل عيسى البابي الحلبي، 1383هـ - 1964م.
- 296- جلال الدين السيوطي، بغية الوعاة، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، دار الفكر، ط2، 1399هـ - 1979م.
- 297- جلال الدين السيوطي، طبقات الحفاظ، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1983م.
- 298- خير الدين الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، ط5، 2002م.
- 299- الذهبي محمد بن أحمد بن عثمان، تذكرة الحفاظ، تحقيق: عبد الرحمن بن يحيى المعلمي، دائرة المعارف العثمانية، 1374هـ.
- 300- الذهبي، شمس الدين، سير أعلام النبلاء، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط3، 1405هـ - 1985م.
- 301- السخاوي شمس الدين، الضوء اللامع، دار الجيل، بيروت.
- 302- السخاوي، شمس الدين أبو الخير محمد، المنهل العذب الروي في ترجمة قطب الأولياء النووي، تحقيق: أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1426هـ.
- 303- السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، حسن المحاضرة، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه، 1387هـ - 1967م.
- 304- صلاح الدين الصفدي، الوافي بالوفيات، دار إحياء التراث العربي، 2000م.
- 305- عبد الحي بن أحمد ابن العماد، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، تحقيق: عبد القادر الأرنؤوط، محمود الأرنؤوط، دار ابن كثير، ط1، 1406هـ - 1986م.
- 306- عبد الله مصطفى المراغي، الفتح المبين في طبقات الأصوليين، مطبعة أنصار السنة المحمدية، مصر، 1366هـ - 1947م.
- 307- القاضي عياض، ترتيب المدارك، تحقيق: محمد بن تاويت الطنجي، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب.
- 308- محمد أمين بن فضل الله، خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر، دار صادر.
- 309- محمد بن علي الشوكاني، البدر الطالع، دار الكتاب الإسلامي.
- 310- محمد بن عمر قاسم مخلوف، شجرة النور الزكية، تحقيق: عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية، ط1، 1424هـ - 2003م.
- 311- محي الدين أبو محمد، عبد القادر، الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، 1398هـ - 1978م.

### ثامننا: كتب القانون

- 312- إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، 2002م.
- 313- أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية، بغداد، 1990م.
- 314- أحمد رفيق الخياط وأحمد الزين، قانون الجنسية العربية السورية، دار الكتب العربية، دمشق، ط1، 1980م.
- 315- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص الجنسية- الموطن- معاملة الأجانب- التنازع الدولي

- للقوانين-المرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، ط1، 2000م.
- 316-أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، ط1.
- 317- ، المبسوط في شرح نظام الجنسية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1993م.
- 318- ، ومحمد الروبي، قانون الجنسية المصرية ومراكز الأجانب، مطبعة الإسراء، 2003م.
- 319-أحمد محمد علي داود، القضايا والأحكام الشرعية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011م.
- 320-أحمد مسلم، القانون الدولي الخاص المقارن في مصر ولبنان، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان.
- 321-إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 1996م.
- 322-إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، 1999م.
- 323-أعراب بلقا سم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية.
- 324- ، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الزيتونة الإعلام والنشر.
- 325-بشار أحمد الجبوري، الوجيز في شرح مواد الأحوال الشخصية لغير المسلمين في القانون العراقي، مكتبة الجيل العربي، الموصل، ط1، 2009م.
- 326-بليغ حمدي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، المستوى الرابع-فصل دراسي ثاني، كلية الحقوق، جامعة طنطا.
- 327-بيار ماير وفانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة: علي محمود مقلد، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، 2008م.
- 328-توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية القسم الأول النظرية العامة للقانون، مطبعة الدار الجامعية، بيروت، 1993م.
- 329-جابر الراوي، أحكام تنازع القوانين في القانون العراقي، مطبعة الحكم المحلي، بغداد 1980م.
- 330-جابر جاد عبد الرحمان، القانون الدولي الخاص العربي، القاهرة، 1959م.
- 331- ، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الهيئات، تنازع الاختصاص، مجموعة محاضرات أقيمت على طلبة الصف الرابع ، مطبعة الهلال، بغداد، ط1، 1949م.
- 332-جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر، 2006م.
- 333-حبار محمد، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع، الجزائر.
- 334-حسام الدين فتحي ناصف، تأثير وتأثر اختصاص المحكمة بالقانون الواجب التطبيق - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م.
- 335-حسن الذنون، فلسفة القانون، مطبعة العاني، ط1، 1975م.
- 336-حسن الساعاتي، علم الاجتماع القانوني، دار نشر الثقافة الجامعية، الإسكندرية.
- 337-حسن الهداوي وغالب الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مطابع مديرية دار الكتب للنشر والتوزيع، الموصل ، 1988م.
- 338-حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، دار الثقافة، عمان، ط2، 2001م.

- 339-حسن الهداوي، غالب الدودي، المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني، مطبعة الروزنا، اربد، ط3، 1995م.
- 340-حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف الإسكندرية، ط5، 1974م.
- 341-خالد الرويس، ورزق الريس، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مكتبة الشقري، ط2.
- 342-خالد برجاي، القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة تطبيقية في الروابط الدولية الخاصة المغاربية، دار القلم للطباعة والنشر، الرباط، 2001م.
- 343-دريال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة.
- 344-رشيد العنزي، الجنسية الكويتية، دراسة للنظرية العامة للجنسية، وللمرسوم الأميري رقم 15 لسنة 1959م، بشأن الجنسية الكويتية وتعديلاته، ط1، 1995م.
- 345-زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، - تنازع القوانين -، مطبعة الكاهنة 2000م.
- 346-سامي بديع منصور وعلي محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص - حلول النزاعات الدولية الخاصة - الدار الجامعية، بيروت، 1990م.
- 347-سامي بديع منصور، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية.
- 348-سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، بيروت، ط1، 1414هـ.
- 349-السعدي، محمد صبري، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1979م.
- 350-سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2004م.
- 351-سمير عالية، علم القانون والفقهاء الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسة والنشر، بيروت، لبنان، ط1 1412هـ - 1991م.
- 352-سمير عبد السيد تناغو، أحكام الأسرة للمصريين غير المسلمين، منشأة المعارف الإسكندرية، 1968م.
- 353-سيد عبد الله حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، دار السلام بالقاهرة، 1421هـ.
- 354-شمس الدين الوكيل، الجنسية ومركز الأجانب، ط2، 1961م.
- 355-الشواربي، عبد الحميد، قواعد الاختصاص القضائي في ضوء القضاء والفقهاء، الإسكندرية، طبعة منشأة المعارف، 1985م.
- 356-شوكت محمد عليان، والتشريع الإسلامي والقانون الوضعي، دار الشواف، ط1.
- 357-صاوي، أحمد السيد، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1981م.
- 358-صلاح الدين جمال الدين، نظرات في القانون الواجب التطبيق وفقا للمادة (42فقرة1) من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، 1995م-1996م.
- 359-صلاح الدين حمدي، القانون الدولي العام، منشورات زين الحقوقية، ط1.
- 360-صلاح الدين عبد الوهاب، الأصول العامة لعلم القانون، نظرية القانون، مكتبة عمان، الأردن، 1968م.



- 361- طلال ياسين العيسى، الأصول العامة في الجنسية، طبع منشورات البيروني، الأردن، 2007م.
- 362- عامر محمود الكسواني، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 2010م
- 363- عباس الصراف، وجورج حزبون، المدخل إلى علم القانون المكتبة القانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1429هـ- 2008م.
- 364- عباس عوض، المدخل للعلوم القانونية، دار المنشورات الحقوقية، 2001م.
- 365- عبد الباسط جميعي، شرح قانون الإجراءات المدنية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1966م.
- 366- عبد الباقي البكري و زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ط3، 2010م.
- 367- عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في أوروبا وفي مصر، مطبعة الاعتماد بشارع حسن الأكبر، 1924م.
- 368- عبد الحليم نور الدين، القوانين في مصر القديمة، مكتبة الإسكندرية.
- 369- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، اعتناء: محمد الألفي، جامعة الكويت، ط2، 1982م.
- 370- عبد الرحمان البراز، مبادئ أصول القانون، مطبعة العاني، بغداد، 1954م.
- 371- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط3، 1998م.
- 372- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، ط3.
- 373- عبد الفتاح إبراهيم البهنسي، الأحوال الشخصية في تشريعاتها المتعددة، دار الإشعاع القاهرة.
- 374- عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2007م.
- 375- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط8، 1406هـ- 1986م.
- 376- عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004م.
- 377- عبد الكريم الحلبي، الأحكام الجغرافية في الأحوال الشخصية، دار الرقي للطباعة والنشر.
- 378- عبد الملك ياس، النظرية العامة، مطبعة العاني، بغداد، 1969م.
- 379- عبد الناصر توفيق العطار، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ط2.
- 380- عبد الواحد كرم، الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص العراقي، مطبعة المعارف، بغداد، ط1، 1979م.
- 381- عبد الوهاب حومد، شرح القانون الجزائري الكويتي، - القسم العام-، مطبوعات جامعة الكويت، ط2، 1975م.
- 382- عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، الدار الجامعية، بيروت، 1991م.
- 383- الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، طبع الدار الجامعية، بيروت، 1986م.
- 384- تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002م.
- 385- علي حسن الشرفي، الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، الزهراء

- للإعلام العربي، 1986م.
- 386-عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومه، الجزائر، ط2، 2007م.
- 387-عمار بوضيف، المدخل للعلوم القانونية النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، دار ربحانة للنشر الجزائر، ط1، 1998م.
- 388-عوض الله شيبه الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ط2، 1977م.
- 389-غالب الدودي، نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص، دار الطباعة الحديثة، البصرة، 1965م.
- 390-فؤاد ديب، تنازع القوانين، المطبعة الجديدة، دمشق، 1986م.
- 391-فؤاد شباط، تنظيم الأحوال الشخصية لغير المسلمين، معهد الدراسات العربية العالي مصر، 1966م.
- 392-فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، 1979م.
- 393-فؤاد عبد المنعم رياض، و سامية راشد، تنازع القوانين، وتنازع الاقتصاد القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990م.
- 394-ماهر جميل أبو خوات، الحماية الدولية لحقوق الطفل، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008م.
- 395-مجد الدين طاهر خربوط، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، 1429هـ- 2008م.
- 396-محمد الروبي، الجنسية ومركز الأجنبي في القانون المقارن، دار النهضة العربية، 2005م.
- 397-محمد رياض، التعسف في استعمال الحق على ضوء المذهب المالكي والقانون المغربي، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، 1992م.
- 398-محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، الجزائر، 2007م.
- 399-محمد عليوي ناصر، الحضارة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2010م.
- 400-محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية مصر، ط1، 2006م.
- 401-محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2009م.
- 402-محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات - القسم العام-، جامعة القاهرة، ط10، 1983م.
- 403-ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفقاً للقانونين العراقي والمقارن، ط2، مطبعة دار الحكومة، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1977م.
- 404-ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص، الأردني و المقارن، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2005م.
- 405-منصور عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار المعارف مصر، 1956م.
- 406-موهند إسعاد، القانون الدولي الخاص، ترجمة، فائز انجق، ( القواعد المادية) الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية 1989م.
- 407-نادية فضيل، الغش نحو القانون، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001م.

- 408- ناصر مثنوي مشكوري، مبادئ في القانون الدولي الخاص المغربي، مكتبة المعارف الجامعية، 2003م.
- 409- نبيل عمر، أصول المرافعات المدنية، منشأة المعارف، ط1، 1998م.
- 410- نسرین شریفی وسعيد بوعلی، القانون الدولي الخاص الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، ط1، 2013م.
- 411- نعمان عزات الطباخي، المدخل لدراسة القانون، مركز الدراسات والبحوث والنشر، 2002م.
- 412- نعوم السيوفي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، دار المستقبل، دمشق، 1982م.
- 413- هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001م.
- 414- المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دار الفكر الجامعي، شركة الجلال للطباعة، 2006م.
- 415- المركز القانوني لمتعدد الجنسيات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001م.
- 416- هشام صادق علي- حفيظة السيد الحداد- القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط1، 2008م.
- 417- هشام علي صادق، الجنسية والموطن ومركز الأجانب، المجلد الأول، ط1، 1977م.
- 418- تنازع القوانين، دار الكتاب الحديث، ط3، 1993م.
- 419- دروس في القانون الدولي الخاص، الجنسية اللبنانية، الدار الجامعية، بيروت، 1980م.

### تاسعا: كتب مختلفة

- 420- إبراهيم شمس الدين محمد ابن فرحون، تبصرة الحكام، تحقيق: جمال مرعشلي، دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، الرياض، 1423هـ- 2003م.
- 421- ابن الصلاح الشهرزوري، أدب الفتوى وشروط المفتي، دراسة موفق بن عبد الله بن عبد القادر؛ تحقيق موفق عبد القادر، مكتبة العلوم و الحكم، المدينة المنورة، السعودية، ط1، 1986م.
- 422- ابن القيم، محمد بن أبي بكر، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة ومكتبة المنار الإسلامية، بيروت، الكويت، ط14، 1407هـ- 1986م.
- 423- ابن تيمية، قاعدة في الأموال السلطانية، تحقيق: عبد الرحمن بن عبد الله بن إبراهيم الأمير، مكتبة أضواء السلف، الرياض، ط1، 2002م.
- 424- ابن تيمية، قاعدة في المحبة، جامع الرسائل، تحقيق: محمد رشاد سالم، دار المدني، جدة.
- 425- ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد، الأخلاق والسير، تحقيق: عادل أبوالمعاطي، دار المشرق العربي، القاهرة، ط1، 1408هـ- 1988م.
- 426- ابن رشد أبو الوليد، فصل المقال، تحقيق: محمد عمارة، دار المعارف، ط2.
- 427- فتاوي ابن رشد، تحقيق: المختار بن طاهر التليلي، دار الغرب الإسلامي، 1407هـ- 1987م.
- 428- ابن عبد البر، جامع بيان العلم وفضله، تحقيق: أبو الأشبال الزهيري، دار ابن الجوزي، الدمام، ط1، 1414هـ- 1994م.
- 429- ابن عبد ربه الأندلسي، العقد الفريد، تحقيق: مفيد محمد قميحة، دار الكتب العلمية، ط1، 1404هـ- 1983م.

- 430- ابن قيم الجوزية، أحكام أهل الذمة، تحقيق: أبو براء يوسف بن أحمد البكري، أبو أحمد شاكراً بن توفيق العاروري، رمادي للنشر، ط1، 1418هـ-1997م.
- 431- ابن مفتاح عبد الله بن أبي القاسم، شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدرار، جامعة الملك سعود، 1957م.
- 432- أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، دار المعرفة، بيروت.
- 433- أبو زهرة، عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة.
- 434- أبو عبد الله سيدي محمد بن أبي القاسم السجلماسي، شرح نظم العمل المطلق، شرح العمل الفاسي، خزانة كلية الشريعة بفاس.
- 435- أبو يعلى، محمد بن الحسين، الأحكام السلطانية، تعليق: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية-بيروت، لبنان، ط2، 1421هـ-2000م
- 436- أحمد ابن تيمية، بيان الدليل على بطلان التحليل، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1، 1418هـ-1998م.
- 437- أحمد وهبان، الصراعات العرقية واستقرار العالم المعاصر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001م.
- 438- البخاري، عبد العزيز بن أحمد بن محمد، كشف الأسرار، دار الكتاب الإسلامي.
- 439- بدران أبو العينين بدران، العلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين، دار النهضة العربية، بيروت.
- 440- بدران، أبو العينين، تاريخ الفقه الإسلامي و نظرية الملكية و العقود، دار النهضة العربية، لبنان.
- 441- بشير جحيش، الاجتهاد التنزيلي، كتاب الأمة، العدد93، تاريخ النشر: المحرم 1424هـ -مارس 2003م.
- 442- توفيق الواعي، الدولة الإسلامية بين التراث والمعاصرة، دار ابن حزم، 1996م.
- 443- جابر فياض العلواني، أدب الاختلاف في الإسلام، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، واشنطن، ط3، 1987م.
- 444- الجبوري، يحيى وهيب، منهج البحث وتحقيق النصوص، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1413هـ.
- 445- جلال الدين السيوطي، الرد على من أخلد إلى الأرض، مكتبة الثقافة الدينية، مصر.
- 446- جمال الدين عطية، التنظير الفقهي، مطبعة المدينة، السعودية، ط1، 1989م.
- 447- حامد سلطان، أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، 1998م.
- 448- الخياط، عبد العزيز الخياط، المدخل إلى الفقه الإسلامي، دار الفكر، عمان الأردن، ط1، 1991م.
- 449- راشد الغنوشي، الحريات العامة في الإسلام، مركز الدراسات العربية، بيروت لبنان، ط1، 1993م.
- 450- رفيق يونس، المجموع في الاقتصاد الإسلامي، دار المكتبي، سوريا، 2006م.
- 451- الزرقا، مصطفى، فتاوى مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق، ط1، 1420هـ-1999م.
- 452- زكريا الأنصاري، المطلع على إيساغوجي، مصطفى البابي الحلبي، ط1، 1998م.
- 453- السرطاوي، محمود علي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان الأردن، ط3، 1431هـ-2010م.
- 454- سعد بن عبد الرحمن الحصين، حقيقة الدعوة إلى الله، الرياض، مكتبة دار السلام، ط2، 1413هـ.

- 455- صالح أديب، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، طبعة المكتب الإسلامي.
- 456- صالح حسين العابد، حقوق غير المسلمين في بلاد الإسلام، وزارة الأوقاف، المملكة السعودية، ط4، 1429هـ-2008م.
- 457- صبحي المحمصاني، تراث الخلفاء الراشدين، دار العلم للملايين، بيروت، ط1، 1984م.
- 458- عارف أبو عيد، السيادة في الإسلام، مكتبة المنار، الزرقاء، الأردن، ط1، 1989م.
- 459- عبد الحكيم حسن العلي، الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام، دار الفكر العربي، 1403هـ-1983م.
- 460- عبد الخالق النووي، العلاقات الدولية والنظم القضائية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، 1394هـ-1974م.
- 461- عبد الرحمن بدوي، فلسفة القانون والسياسة عند هيجل، دار الشروق.
- 475- عبد الكريم زيدان، أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، مكتبة القدس، العراق، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1402هـ-1982م.
- 462- عبد الله إبراهيم زيد الكيلاني، نظرية الباعث، تقديم: فتحي الدريني، مطابع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، عمان.
- 463- عبد الله ناصح علوان، محاضرة في الشريعة الإسلامية وفقهها ومصادرها، دار السلام، القاهرة، ط1، 1984م.
- 464- العز بن عبد السلام، شجرة المعارف والأحوال، تحقيق: إياد خالد الطباع، دار الفكر المعاصر، ط4، 2006م.
- 465- عقلة، محمد، نظام الأسرة، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، 1983.
- 466- علي بن عبد الرحمن الطيار، حقوق غير المسلمين في الدولة الإسلامية، الرياض، ط1، 1425هـ-2004م.
- 467- علي حسني الخربوطلي، الإسلام وأهل الذمة، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، مصر، 1389هـ-1969م.
- 468- علي علي منصور، الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، مصر، 1390هـ-1971م.
- 469- عمر سليمان الأشقر، تاريخ الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان، مكتبة الفلاح، الكويت، ط3، 1412 هـ 1991م.
- 470- عمر عبيد حسنة، مراجعات في الفكر والدعوة والحركة، من سلسلة قضايا الفكر الإسلامي، الإصدار رقم (7)، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الدوحة، قطر، ط2.
- 471- فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1404هـ-1984م.
- 472- ، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، ط2، 1429هـ.
- 473- ، خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1434هـ-2013م.

- 474-فتحى الدرني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 4، 1408هـ - 1988م.
- 475-فتحى عبد الكريم، الدولة والسيادة في الفقه الإسلامي، مكتبة وهبه، 1984م.
- 476-فهيمى هويدي، مواطنون لا ذميون، موقع غير المسلمين في المجتمع المسلمين، القاهرة، دار الشروق، ط1، 1405هـ - 1985م.
- 477-مالك بن نبي، مشكلات الحضارة، المسلم في عالم الاقتصاد، دار الفكر، دمشق، ط3، 1420هـ - 2000م.
- 478-محمد أبو زهرة، العلاقات الدولية في الإسلام، دار الفكر العربي، القاهرة، 1415هـ - 1995م.
- 479-محمد أحمد علي مفتي، سامي صالح الوكيل، السيادة وثبات الأحكام في النظرية السياسية الإسلامية، 1411هـ - 1991م.
- 480-محمد أسد، منهاج الإسلام في الحكم، ترجمة: منصور محمد ماضي، دار العلم للملايين، بيروت، ط6، 1983م.
- 481-محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، تحقيق: نايف بن أحمد الحمد، مجمع الفقه الإسلامي بجددة، 1428هـ.
- 482- محمد بن الحسن الشيباني، شرح كتاب السير الكبير، تحقيق: أبو عبد الله محمد حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- 483-محمد بن جرير الطبري، تاريخ الطبري، بيروت، دار الكتب العلمية، ط3، 1991م.
- 484-محمد جميل، التوثيق والإثبات بالكتابة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
- 485-محمد رياض، أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، تقديم: محمد المنوني، مطبعة النجاح الجديدة، ط1، 1996م.
- 486-محمد سلام مذكور، معالم الدولة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، 1983م.
- 487- مجموعة من المؤلفين، شبهات المشككين، ص 1201، الموقع الإلكتروني، <http://www.mojtamai.com/book>.
- 488-محمد عمارة، إستراتيجية التنصير في العالم الإسلامي، مركز دراسات العالم الإسلامي، ط1، 1992م.
- 489-محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، مؤسسة الرسالة.
- 490-مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1، 1418هـ - 1998م.
- 491-النادي، فؤاد محمد، موسوعة الفقه السياسي ونظام الحكم في الإسلام، دار الكتاب الجامعي، 1980م.
- 492-وائل الحلاق، تاريخ النظريات الفقهية في الإسلام، مقدمة في أصول الفقه السني، ترجمة: أحمد موصللي، دار المدار، لبنان، ط1، 2007م.
- 493-الونشريسي، أحمد بن يحيى، المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بأداب الموثق وأحكام الوثائق، تحقيق: عبد الرحمن بن محمود الأطرم، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط1، 1425هـ - 2005م.
- 494-وهبة الزحيلي، آثار الحرب في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط3، 1998م.
- 495- الإسلام وغير المسلمين، دار الكتيب، دمشق، سوريا ط1، 1418هـ - 1998م.
- 496- العلاقات الدولية في الإسلام مقارنة بالقانون الدولي الحديث، دار المكتبي، دمشق، سوريا،

- ط1، 1420هـ-2000م.
- 497-وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، ط4، 1405هـ-1985م.
- 498- يوسف القرضاوي، الفتوى بين الانضباط والتسيب، دار الصحوة، القاهرة، ط1، 1408هـ-1988م.
- 499- ، غير المسلمين في المجتمع المسلم، بيروت مؤسسة الرسالة، ط4، 1985م.
- 500- ، فقه الأقليات المسلمة، حياة المسلمين وسط المجتمعات الأخرى، دار الشروق، القاهرة ط3، 2007م.
- 501- يوسف القرضاوي، الصحوة الإسلامية بين الاختلاف المشروع والفرق المذموم، دار الشروق، القاهرة، ط1، 1421هـ-2001م.
- 502- يوسف القرضاوي، شريعة الإسلام صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان، مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، ط5، 1417هـ-1997م.
- 503- يوسف القرضاوي، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مكتبة وهبة، القاهرة، ط5، 1426هـ-2005م.
- 504- يوسف قاسم، مبادئ الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، 1403هـ-1983م.

### عاشرا- دوريات و بحوث ومقالات على الإنترنت-

- 505- إبراهيم الكيلاني، تحقيق المناط عند الأصوليين، ورقة مقدمة لندوة مستجدات الفكر الإسلامي الحادية عشرة-المنعقدة بالكويت- في الفترة - 2013/02/20م -بعنوان: الاجتهاد بتحقيق المناط فقه الواقع والمتوقع.
- 506- أحمد الريسوني، الفكر المقاصدي، قواعده وفوائده منشورات جريدة الزمن، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1999م.
- 507- أحمد الضويحي، ضوابط الاجتهاد في المعاملات المالية المعاصرة، المؤتمر العلمي السنوي الرابع عشر، كلية الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، ربيع الآخر 1426هـ- مايو 2005م، مطبوع ضمن بحوث المؤسسات المالية الإسلامية معالم الواقع وآفاق المستقبل.
- 508- أحمد الغازي الحسيني، الولد للفراس، مقال منشور بمجلة القضاء والقانون، المغربية، العدد 130، 1980م.
- 509- أحمد بوعود، فقه الواقع أصول وضوابط، مكتبة مشكاة الإسلامية، الموقع الالكتروني، <http://www.almeshkat.net>
- 510- إسماعيل لطفى فطاني، الوصية بين مختلفي الدار(1-3)، الموقع، <http://main.islammessgae.com> تاريخ الزيارة 2014/05/16م.
- 511- اشرف وفا محمد، حماية غير ذوي الأهلية على الصعيد الدولي، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد الثامن والخمسون، 2002م.
- 512- بدر الدين عبد المنعم شرقي، من أحكام الصغير في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة) بحث منشور في مجله إدارة قضايا الحكومة، تصدر عن مجلس الدولة المصري، العدد الأول السنة الثالثة والعشرون، 1979م.
- 513- البيان الختامي للمؤتمر الثاني لمجمع فقهاء الشريعة بأمريكا، إسلام أون لاين.نت، وثائق وبيانات، الموضوع الثالث: نوازل الأسرة خارج ديار الإسلام، المحور الثالث: إسلام المرأة وبقاء زوجها على غير

الإسلام، 2004/7/18م [www.islamonline.net](http://www.islamonline.net).

514- تنازع القوانين، منتدى كلية الحقوق جامعة المنورة مصر، الموقع: <http://www.f-law.net> تاريخ الزيارة 2013/6/29م.

515- ثروت أنيس الأسيوطي، المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية، مجلة مصر المعاصرة، السنة 59، العدد 333.

516- الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 36 الصادرة بتاريخ 2008/07/02م.

517- جريدة الوقائع العراقية، العدد 2855 بتاريخ 1950/7/06م، واحتوت على (48) مادة. وزارة العدل العراقية، الموقع الإلكتروني: <http://www.moj.gov.iq/facts>

518- حسن الشاذلي، البصمة الجينية وأثرها في إثبات النسب، ثبت أعمال ندوة الوراثة والهندسة الوراثية، الكويت، 1421هـ- الموافق 4،3/5/2000م بفندق الميريديان، قاعة الصالحية، الكويت.

<http://islamset.net/arabic>

519- حسن عزوزي، متغيرات وتحديات أمام الواقع الثقافي للمسلمين في الغرب، مجلة الوعي الإسلامي، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت العدد: 511، 3-9-2010م.

520- حسين مطاوع الترتوري، فقه الواقع دراسة أصولية فقهية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، عدد 34.

521- الزغيبي، إبراهيم بن صالح، تنازع وتدافع الاختصاص، طبعة مجلة وزارة العدل السعودية، العدد العاشر.

522- زياد بن عابد المشوخي، السيادة مفهومها ونشأتها ومظاهرها، مقال: منشور في موقع صيد الفوائد، الموقع <http://www.saaaid.net> ، تاريخ الزيارة 2013/6/29م.

523- عيسوي أحمد عيسوي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الخامسة، جامعة عين شمس، 1963م.

524- ضاري خليل محمود، مبدأ مصالح الطفل الفضلي، بحث منشور في مجلة العدالة تصدر عن وزارة العدل العراقية، العدد الأول، 2002م.

525- طارق طه، رمضان في بريطانيا انقلاب إسلامي على الفرقة، بتاريخ 2-9-2008م، نقلا عن موقع: لواء الشريعة، على الرابط الآتي: <http://www.shareah.com/index.php>

526- طه جابر العلواني، مدخل إلى فقه الأقليات ... نظرة تأسيسية، مجلة إسلامية المعرفة-إصدار المعهد العالمي للفكر الإسلامي، جامعة بيروت الإسلامية، السنة الخامسة، العدد 19.

527- عباس الباز، ضوابط الاجتهاد في فقه المعاملات المالية المعاصرة، مطبوع ضمن بحوث المؤسسات المالية الإسلامية معالم الواقع وآفاق المستقبل، كلية الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة.

528- عبد الرزاق مولاي رشيد، العلاقات الأسرية الدولية والقانون المغربي، منشورات الجمعية المغربية للدفاع عن حقوق النساء، سلسلة لكسر الصمت، العدد 3، 2001م.

529- عبد الرسول عبد الرضا، تأثير المركز العالمي للأشخاص في قواعد القانون الدولي الخاص، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة السادسة، جامعة بابل، العراق.

530- عبد الرسول عبد الرضا جابر شوكة، محاضرة بعنوان: تنازع القوانين، جامعة بابل، الموقع،

<http://www.uobabylon.edu.iq> تاريخ الزيارة 2013/6/29م.



- 531- عبد الله النهامي، الوسائل وأحكامها في الشريعة الإسلامية، في مجلة البيان، لندن، العدد(106)، جمادى الآخرة 1417هـ- نوفمبر 1996.
- 532- عبد الله الخنين، توصيف الأفضية في الشريعة الإسلامية، نشر مكتبة العبيكان، 1429هـ.
- 533- عبد المجيد النجار، مآلات الأفعال وأثرها في فقه الأقليات، بحث مقدم للدورة التاسعة للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، المنعقد في باريس، جمادى الأول 1423 هـ يوليو 2002م، <http://e-cfr.org/new> تاريخ الزيارة 2013/6/29 م .
- 534- عبد الناصر أبو البصل، المدخل إلى فقه النوازل، بحث منشور ضمن كتاب بحوث في دراسات فقهية في قضايا فقهية معاصرة، مجلة اليرموك، العدد الأول، الأردن، 1997م.
- 535- عجيل جاسم الشمسي، التعليقات على بحث " مدخل إلى أصول وفقه الأقليات ": طه جابر العلواني، المقدم لاجتماع المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، المنعقد في لندن، في الفترة من 20 - 24 جمادى الآخرة 1425 هـ، الدورة الثالثة عشر، التعليقات منشور في الموقع: <http://www.dr-nashmi.com>
- 536- عز الدين عبد الله، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مواد الأحوال الشخصية بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، تصدر عن كلية الحقوق في الجامعة القاهرة، العددان الأول والثاني، السنة الرابعة والعشرون، 1954م.
- 537- العقيل، تحقيق المناط، مجلة العدل، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، العدد العشرون، شوال 1424هـ .
- 538- عليان بوزيان، مقاصد القانون الوضعي في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية، بحث: منشور في مجلة المسلم المعاصر، مصر، الموقع مجلة المسلم المعاصر، الموقع: <http://almuslimalmuaser.org> تاريخ الزيارة 2014/6/29م.
- 539- القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، منتدى الحقوق والعلوم القانونية، الموقع <http://www.droit-dz.com>، تاريخ الزيارة 2013/6/29م.
- 540- القرار 4/2، حكم شراء المنازل بقرض بنكي ربوي للمسلمين في غير بلاد الإسلام: المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث <http://www.e-cfr.org/ar/> البيان رقم 4 بتاريخ: 2008/6/27م.
- 541- القرار 8/3، قرارات وتوصيات المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، إسلام زوجة غير المسلم، 1422/5/5هـ، 2001/7/25م [www.e-cfr.org](http://www.e-cfr.org).
- 542- القرار 5/3، قرارات وتوصيات المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، في الفترة 30 محرم - 3 صفر 1421هـ الموافق 4-7 مايو 2000م، الموقع الإلكتروني: [www.e-cfr.org](http://www.e-cfr.org)
- 543- قضية رقم 52207، قرار 1989/01/02م، المجلة القضائية عدد 04 سنة 1990م.
- 544- كريم مزعل شبي، مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، مجلة كربلاء، المجلد الثالث، العدد13، كانون الأول 2005م، البحوث الإنسانية.
- 545- كمال سمية، تطبيق قانون القاضي (القانون الجزائري) على علاقات الأحوال الشخصية المشتملة على عنصر أجنبي، مجلة دراسات، تصدر عن جامعة الجلفة، السنة السابعة، العدد18، مارس 2015م-جمادى

الأولى 1436هـ.

546- ماهر ذيب ابو شاويش، ضوابط النظر في النوازل ومدارك الحكم عليها، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السابعة والعشرون، العدد الخامس والخمسون - رمضان 1434 هـ يوليو 2013 م

547- مانع بن حماد الجهني، التجديد في طريقة عرض الإسلام في الغرب، وهي عبارة عن ورقة بحثية تم تقديمها للمؤتمر الثالث عشر والذي أقيم تحت عنوان التجديد في الفكر الإسلامي، مايو 2010م، نقلا عن موقع الأزهر على الرابط التالي: [http://www.elazhar.com/conf\\_au/13/42.asp](http://www.elazhar.com/conf_au/13/42.asp)

548- متولي موسى، الهوية الإسلامية في الغرب المشكلة والحل، مجلة الرائد، ألمانيا، العدد: 201، ربيع الثاني 1419هـ الموافق أغسطس 1998م.

549- مجلة الأحكام العدلية، بعناية بسام عبد الوهاب الجابي، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2004م، مادة(3).

550- مجلة البحوث الإسلامية، السعودية، العدد الأربعون، الإصدار: من رجب إلى شوال لسنة 1414هـ، موضوع العدد التحويلات المصرفية، عمليات الخصم.

551- المجلة العربية للفقهاء والقضاء، تصدر عن الأمانة العامة لمجلس وزارة العدل العرب، العدد الثاني، السنة الثانية، تشرين الأول، 1985م.

552- مجلة القانون الدولي الخاص، 1998م-11-27 الجمهورية التونسية المنشور على الموقع الإلكتروني، [www.ar.jurispedia.org/index](http://www.ar.jurispedia.org/index)

553- مجلة القضاء تصدر عن نقابة المحامين العراقيين، العددان الثالث والرابع، السنة الثانية والثلاثون، 1977م.

554- المجلة المصرية للقانون الدولي تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد الثامن، السنة 1952م.

555- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الحادي عشر، الجزء الثاني، 1419هـ-1998م.

556- مجله المحاماة، تصدر عن نقابة المحامين المصريين، العدد الثاني، السنة التاسعة والثلاثون، أكتوبر 1958م.

557- محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، دراسات قانونية وحالات شاذة، سلسلة البحوث القانونية، المغرب، العدد 3-2001م.

558- محمد باخضمة، بعض النظريات الفقهية في البصمة الوراثية، بحق مقدم للمجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي في دورته: (15) عام 1419هـ.

559- محمد، عباس حسني، الفقه الإسلامي، آفاقه وتطوره، سلسلة دعوة الحق، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، عدد 10 عام 1402هـ.

560- المسعودي العياشي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، جامعة محمد بن عبد الله فاس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 1992م-1993م.

561- مصطفى فاضل كريم الخفاجي، فلسفة القانون عند (أرسطو)، مجلة مركز بابل للدراسات الإنسانية المجلد 4/ العدد 2.

- 562- موحى ولحسن ميموني، وضعية الأسرة المغربية في ضوء تطورات ضوابط الإسناد، مجلة الملف، عدد 4 شتنبر 2004م.
- 563- موقع الشيخ فيصل مولوي، مولوي.نت، إسلام المرأة وبقاء زوجها على دينه، [www.mawlawi.net](http://www.mawlawi.net). تاريخ زيارة الموقع: 2011/3/5م
- 564- منهج الترجيح بالمآل عند القاضي ابن العربي من خلال القبس، إدريس التركاوي، مجلة الاحياء، الموقع: [www.alihyaa.ma](http://www.alihyaa.ma)، تاريخ الزيارة، 2014/6/15م.
- 565- لعامة، أنواع وشروط تنازع القوانين، مدونة القانون الجديد، الموقع: <http://kanoundjadid.blogspot.com> تاريخ الزيارة 2013/6/29م
- 566- ناصر العمر، مقدمة في فقه النوازل: [www.almoslim.net](http://www.almoslim.net)
- 567- نزيه كمال حماد، القبض الحقيقي والحكمي قواعده وتطبيقاته، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، بجدة، 711/1/6.
- 568- نعمان جعيم، تحرير القول في مسمى الاستحسان، بحث محكم منشور في مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، عدد 33، ذو الحجة 1428هـ - يناير 2008م.
- 569- النوازل وكيف يجب التعامل معها، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، عدد 64، السنة السادسة عشرة، 1425هـ، 2004م.
- 570- وليد صلاح الدين الزير، ضوابط الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة وتطبيقاتها على الاجتهادات المعاصرة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 26، العدد الأول، 2010م.
- 571- ياسين بن علي، دولة الخلافة وما يسمى بالأقليات 1، مجلة الوعي، السنة 27، العدد 316، جمادى الأولى 1434هـ - آذار 2013م، الموقع الإلكتروني: <http://www.al-waie.org>
- 572- يوسف القرضاوي، المشكلات الفقهية للأقليات المسلمة بالغرب، ص 44 ( بحث منشور بالمجلة العلمية للمجلس الأوروبي والبحوث، عدد: 1).
- 573- يوسف حميتو، المقاصد ونقد منهج إعمال الكلي وإهمال الجزئي، على الربط بتاريخ: 2012/09/14م <http://nama-center.com/ActivitieDatials.aspx?Id=123>
- 574- المحكمة العليا، ملف رقم 11029، قرار بتاريخ 1974/05/29م.

### إحدى عشر - القوانين والمراسيم والاتفاقيات الدولية

- 575- الدستور الجزائري:
- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996م، المعدل.
- 576- القانون المدني:
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975م يتضمن القانون المدني ( الجريدة الرسمية العدد 78 المؤرخة في 30/09/1975م). المعدل والمتمم لقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007م.

577- قانون الأسرة:

قانون الأسرة رقم 11/84 المؤرخ في 09/06/1984م المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 الصادر بتاريخ 2005/02/27م.

578- قانون العقوبات:

الأمر رقم 66- 156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386م الموافق 8 يونيو سنة 1966م، الذي يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

579- قانون الإجراءات الجزائية:

الأمر رقم 66- 155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ الموافق ل: 8 يونيو سنة 1966م، الذي يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم. قانون رقم 01-08، في 26 جوان 2001م.

580- قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429هـ الموافق ل 25 فبراير سنة 2008م، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21 الصادرة بتاريخ 23 أبريل سنة 2008م.

581- قانون الجنسية:

القانون الجنسية الجزائرية الصادر بموجب الأمر رقم 86/70 بتاريخ 15/12/1970م، المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 05/01 المؤرخ في 27 فيفري 2005م.

582- قانون الحالة المدنية الجزائري:

قانون الحالة المدنية الجزائري الصادر بأمر 20/70 المؤرخ في: 13 ذي الحجة 1389هـ، الموافق 02/19/1970م، المتعلق بالحالة المدنية.

583- القانون المدني لجمهورية مصر:

القانون المدني: جمهورية مصر العربية قانون رقم 131 لسنة 1948م، بتاريخ 29 / 7 / 1948م.

584- القانون المدني السوري:

القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي، رقم 84 لسنة 1949م.

585- قانون العقوبات السوري.

قانون العقوبات السوري الصادر بالمرسوم التشريعي، رقم 148 لعام 1949م.

586- قانون المدني العراقي:

قانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 وتعديلاته

587- القانون المدني اليمني:

قانون رقم (14) لسنة 2002م، بشأن القانون المدني اليمني.

588- القانون المدني الإيطالي:

القانون المدني الإيطالي: (الموافق عليه بموجب المرسوم الملكي رقم 262 المؤرخ 16 مارس 1942م)،

<http://www.wipo.int>

591- مرسوم أميري:

القانون رقم 23 لسنة 1967م بتفويض السلطة التنفيذية في إصدار مراسيم لها قوة القانون في بعض الشؤون

- الطائرة الصادر في 27 صفر سنة 1387هـ الموافق 5 من يونيو سنة 1967م، دولة الكويت.
- 592-مقدمة التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1958م.
- 593- مرسوم قانون رقم (28) لسنة 2002م، بشأن المعاملات الإلكترونية، الجريدة الرسمية، العدد 2548، الأربعاء 18 سبتمبر 2002م، ص31.
- 594- القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006م، في شأن المعاملات و التجارة الإلكترونية، الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد 442، السنة السادسة و الثلاثين، محرم 1427 هـ- يناير 2006م.
- 595- قانون عدد 83 لسنة 2000م، المؤرخ في 09 أوت 2000م، يتعلق بالمبادلات التجارية والالكترونية.
- 596- قانون إقامة الأجنبي في العراق رقم 118 لسنة 1978م المعدل.
- 597- القانون رقم: 11/08 المؤرخ في 25/06/2008م، الجريدة الرسمية العدد 36 الصادرة بتاريخ 02/07/2008م، يتعلق بشروط دخول الاجانب الى الجزائر و اقامتهم و تغلقهم فيها.
- 598- قرار عدد 446 بتاريخ 30 مارس 1983م، منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 148، سنة 1987م.
- 599- ظهير شريف رقم 1.83.197 صادر في 11 من ربيع الأول 1407هـ (14 نوفمبر 1986م) بنشر الاتفاقية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة وبالتعاون القضائي بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية الموقعة بالرباط في 10 أغسطس 1981م، الجريدة الرسمية، عدد 3910 الصادرة بتاريخ 7 أكتوبر 1987م.
- 600-اتفاقية الجنسية التي صادق عليها مجلس جامعة الدول العربية بقراره رقم 776 وتاريخ 5 أبريل 1954م.
- 601-اتفاقية لاهاي لسنة 1902م، الخاصة بالزواج والاتفاقية الجزائرية الفرنسية المبرمة في 24 /05 /1974م.
- 602-اتفاقية لاهاي لعام 1996م الموقع الالكتروني للاتفاقية على شبكة المعلومات الدولية:  
<http://www.hcch.net/vpload/arab.html>
- 603-اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989م الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (25/44) بتاريخ 11/20/1989م، ودخلت حيز النفاذ اعتباراً من 2/6/1990م.
- 604-اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة بمدينة الرياض عاصمة المملكة العربية السعودية في الثالث والعشرون من شهر جمادى الثاني عام 1403هـ الموافق السادس من شهر إبريل عام 1983 ميلادية، دخلت الاتفاقية حيز النفاذ ابتداء من تاريخ 30/10/1985م، العنوان الإلكتروني الآتي: [www.alltreaties.com](http://www.alltreaties.com)

### - الرسائل الجامعية

- 605-أميرة مازن عبد الله أبو رعد، أثر اختلاف الدين في أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2007م.
- 606- أنس بن محمود فجّال، الإحالة وأثرها في تماسك النص في القصص القرآني، رسالة دكتوراه، 1429 هـ.
- 607- بكر محمد ابراهيم أبوحديد، دور المقاصد في توجيه الحكم بين العزيمة والرخصة، رسالة ماجستير في أصول الفقه، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، سنة 1430هـ- 2009م.
- 608- جميلة أوحيدة، آليات تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق جامعة محمد الخامس الرباط، السويسي 2004-2005م.
- 609- حمزة قتال، دور القاضي في تطبيق القانون الجنبي في القانون الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه في

- القانون الخاص، جامعة الجزائر 01 كلية الحقوق، السنة الجامعية 2010-2011م.
- 610- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة دكتوراة، في القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، سنة 2004م-2005م.
- 611- دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، السنة الجامعية: 2007م-2008م.
- 612- سعيد بيهي، التأصيل العلمي لمفهوم فقه الواقع، رسالة دكتوراة، بجامعة الحسن الثاني شعبة الدراسات الإسلامية، تخصص أصول الفقه، (عين الشق) الدار البيضاء سنة 2002م.
- 613- صالح بن عبد الله ابن حميد، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ضوابطه وتطبيقاته، رسالة دكتوراة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، السنة الجامعية: 1401هـ-1981م.
- 614- عبد الرسول عبد الرضا، الجنسية في العلاقات ذات الأبعاد الدولية الخاصة، رسالة دكتوراة، مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 2007م.
- 615- عبد الله بن محمد السفياي، دار الاسلام ودار الحرب والعلاقة بينهما، رسالة ماجستير، جامعة الملك عبد العزيز، فرع الفقه، سنة 1400هـ-1401هـ.
- 616- عبد القادر بوقزولة، توثيق الزواج بين الشريعة والقانون، توثيق عقد الزواج لمسلمي فرنسا بين الشريعة والقانون، بحث تكميلي لنيل شهادة الماجستير، المعهد الأوروبي للعلوم الإنسانية بباريس، الموقع: <http://www.alukah.net> تاريخ الزيارة: 2013/6/29م.
- 617- عبد المنعم الفلوس، أحكام الأسرة للجالية المغربية بإسبانيا رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي، الرباط، 1995م - 1996م.
- 618- عصام صبحي صالح شرير، تحقيق المناط وأثره في اختلاف الفقهاء، الماجستير في أصول الفقه من كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة، 1430هـ - 2009م.
- 619- عكوش سهام، القانون الأجنبي إثباتا وتفسيرا، رسالة ماجستير، جامعة بومرداس، كلية الحقوق، سنة 2009م-2010م.
- 620- محمد زعرب، القانون الواجب التطبيق على شكل العقد الدولي، وتطبيقه على عقد الزواج المختلط، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، سنة 1434هـ-2013م.
- 621- مسعودي يوسف، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق، رسالة دكتوراة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، سنة 2011-2012م.
- 622- منصور يحيى عبد الله محمد، تنازع القوانين في مسائل الميراث والوصية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، 2002م.
- 623- موشعال فاطمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، رسالة ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة تلمسان، 2011م-2012م.

فهرس الموضوعات

الصفحة	المحتويات
أ	المقدمة
<u>02</u>	الفصل الأول: نظرية تنازع القوانين
<u>02</u>	المبحث الأول: مفهوم نظرية تنازع القوانين
<u>03</u>	المطلب الأول: تعريف النظرية
<u>03</u>	الفرع الأول: تعريف النظرية لغة
<u>04</u>	الفرع الثاني: تعريف النظرية اصطلاحا
<u>04</u>	المطلب الثاني: النظرية الفقهية
<u>04</u>	الفرع الأول: تعريف النظرية الفقهية
<u>05</u>	الفرع الثاني: الفرق بين النظرية وغيرها
<u>05</u>	أولا: الفرق بين النظرية العلمية والفقهية
<u>06</u>	ثانيا: الفرق بين القاعدة والنظرية
<u>06</u>	المطلب الثالث: تعريف التنازع لغة واصطلاحا
<u>06</u>	الفرع الأول: تعريف التنازع لغة
<u>07</u>	الفرع الثاني: التنازع اصطلاحا
<u>08</u>	الفرع الثالث: تعريف القانون لغة واصطلاحا
<u>09</u>	أولا: معنى كلمة قانون
<u>09</u>	ثانيا: تعريف القانون اصطلاحا
<u>10</u>	المطلب الرابع: مفهوم تنازع القوانين
<u>12</u>	المطلب الخامس: التطور التاريخي لتنازع القوانين
<u>12</u>	الفرع الأول: النظريات القديمة
<u>12</u>	أولا: نظرية الأحوال الإيطالية
<u>13</u>	ثانيا: نظرية الأحوال الفرنسية
<u>14</u>	ثالثا: نظرية الأحوال الهولندية
<u>14</u>	1 - مبدأ المجاملة الدولية
<u>14</u>	2- تنازع القوانين
<u>15</u>	الفرع الثاني: النظريات الحديثة
<u>15</u>	أولا: النظريات الألمانية
<u>17</u>	ثانيا: النظريات الإيطالية الحديثة
<u>18</u>	ثالثا: النظريات الفرنسية الحديثة

<u>20</u>	المبحث الثاني: أسباب وأنواع تنازع القوانين
<u>20</u>	المطلب الأول: أسباب تنازع القوانين
<u>20</u>	الفرع الأول: سيادة الدولة
<u>20</u>	أولاً: نشأة مبدأ السيادة في الفكر الغربي
<u>21</u>	ثانياً: السيادة في الدولة الإسلامية
<u>23</u>	ثالثاً: السيادة وتنازع القوانين
<u>23</u>	الفرع الثاني: وجود قواعد قانونية متباينة
<u>24</u>	المطلب الثاني: شروط قيام تنازع القوانين
<u>24</u>	الفرع الأول: وجود علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي
<u>25</u>	الفرع الثاني: التنازع يكون بين قوانين دول ذات سيادة
<u>26</u>	الفرع الثالث: أن يكون التنازع بين قوانين خاصة
<u>26</u>	الفرع الرابع: قبول المشرع الوطني بتطبيق القانوني الأجنبي
<u>27</u>	الفرع الخامس: وجود اختلاف بين أحكام القوانين المتنازعة
<u>28</u>	المطلب الثالث: أنواع تنازع القوانين
<u>28</u>	الفرع الأول: تنازع القوانين العامة و الخاصة
<u>28</u>	أولاً: تنازع القوانين العامة
<u>28</u>	ثانياً: تنازع القوانين الخاصة
<u>29</u>	الفرع الثاني: تنازع القوانين من حيث الزمان والمكان
<u>29</u>	أولاً: تنازع القوانين من حيث المكان
<u>31</u>	ثانياً: تنازع القوانين من حيث الزمان
<u>32</u>	الفرع الثالث: التنازع الدولي والتنازع الداخلي للقوانين
<u>32</u>	أولاً: التنازع الدولي للقوانين
<u>33</u>	ثانياً: التنازع الداخلي للقوانين
<u>34</u>	الفرع الرابع: تنازع الاختصاص التشريعي و القضائي الدولي
<u>35</u>	الفرع الخامس: التنازع الايجابي والسلي للقوانين
<u>35</u>	أولاً: التنازع الايجابي للقوانين
<u>36</u>	ثانياً: التنازع السلي للقوانين
<u>37</u>	المطلب الثالث: موقف الشريعة الإسلامية من فكرة تنازع القوانين
<u>37</u>	الفرع الأول: فكرة التنازع بين القوانين في القرآن الكريم
<u>39</u>	الفرع الثاني: فكرة التنازع بين القوانين في الفقه الإسلامي
<u>45</u>	المبحث الثالث: مناهج معالجة التنازع بين القوانين
<u>45</u>	المطلب الأول: وسائل معالجة التنازع بين القوانين



<u>45</u>	الفرع الأول: الوسائل الداخلية
<u>45</u>	الفرع الثاني: الوسائل الدولية
<u>46</u>	المطلب الثاني: مراحل حل التنازع بين القوانين
<u>46</u>	الفرع الأول: مفهوم التكييف
<u>47</u>	أولاً: تعريف التكييف
<u>47</u>	ثانياً: أهمية التكييف
<u>49</u>	ثالثاً: موقف التشريعات من مسألة التكييف
<u>49</u>	1 - التكييف في القانون المقارن
<u>49</u>	أ- التكييف في القانون المصري
<u>50</u>	ب - التكييف في القانون اللبناني
<u>50</u>	2- موقف المشرع الجزائري
<u>53</u>	الفرع الثاني: عناصر قاعدة الإسناد
<u>53</u>	أولاً: مفهوم قاعدة الإسناد و طبيعتها
<u>53</u>	1- مفهوم قاعدة الإسناد
<u>53</u>	2- طبيعة قواعد الإسناد
<u>55</u>	ثانياً: عناصر قاعدة الإسناد و خصائصها
<u>55</u>	1- عناصر قاعدة الإسناد
<u>55</u>	أ- الفكرة المسندة
<u>56</u>	ب- ضابط الإسناد
<u>58</u>	ج- القانون المسند إليه
<u>58</u>	ثالثاً: خصائص قاعدة الإسناد
<u>60</u>	رابعاً: إلزام القاضي بالرجوع إلى قواعد الإسناد
<u>61</u>	خامساً: معنى قواعد الإسناد في الشريعة الإسلامية
<u>63</u>	الفرع الثالث: الإحالة
<u>64</u>	أولاً: تعريف الإحالة
<u>64</u>	ثانياً: موقف القانون المقارن من الإحالة
<u>64</u>	ثالثاً: موقف القانون الجزائري من الإحالة
<u>66</u>	المطلب الثالث: موانع تطبيق القانون الأجنبي
<u>66</u>	الفرع الأول: النظام العام
<u>68</u>	الفرع الثاني: المصلحة الوطنية
<u>69</u>	الفرع الثالث: الغش نحو القانون
<u>70</u>	المطلب الرابع: إثبات القانون الأجنبي

<u>71</u>	الفرع الأول: كيفية إثبات مضمون القانون الأجنبي
<u>71</u>	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري
<u>72</u>	المطلب الخامس: تنفيذ الأحكام الأجنبية
<u>75</u>	المبحث الرابع: دور الموطن والجنسية في تنازع القوانين
<u>75</u>	المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على الحالة
<u>75</u>	الفرع الأول: الحالة
<u>76</u>	الفرع الثاني: الاسم
<u>77</u>	الفرع الثالث: دور الموطن في مجال القانون الدولي الخاص
<u>77</u>	أولا: معنى الموطن
<u>77</u>	1- موقف الفقه
<u>78</u>	2- موقف التشريع
<u>79</u>	ثانيا: دور الموطن وإشكالاته
<u>79</u>	1- علاقة الموطن بالجنسية
<u>80</u>	2- دور الموطن في تنازع القوانين
<u>81</u>	3- دور الموطن في تحديد المركز القانوني للأجنبي
<u>82</u>	المطلب الثاني: القانون الذي يحكم الأهلية
<u>82</u>	الفرع الأول: خضوع الأهلية لقانون الجنسية
<u>84</u>	الفرع الثاني: استثناءات تطبيق قانون الجنسية على الأهلية
<u>86</u>	الفرع الثالث: حماية ناقص أو عديم الأهلي
<u>88</u>	المطلب الثالث: نطاق تطبيق ضابط الجنسية في تنازع القوانين
<u>88</u>	الفرع الأول: مفهوم الجنسية
<u>89</u>	الفرع الثاني: التأصيل القانوني للجنسية
<u>89</u>	أولا: الطبيعة القانونية للجنسية
<u>90</u>	ثانيا: أساس الجنسية
<u>90</u>	ثالثا: أهمية الجنسية
<u>91</u>	الفرع الثالث: ضابط الجنسية لحل منازعات الحالة الشخصية
<u>92</u>	أولا: أسباب اختيار ضابط الجنسية
<u>93</u>	ثانيا: التنازع الايجابي للجنسيات
<u>94</u>	1- المركز القانوني لمزدوج الجنسية أمام قاضي النزاع
<u>95</u>	2- مركز مزدوج الجنسية أمام قضاء لا علاقة له بالنزاع
<u>98</u>	ثالثا: التنازع السلبي للجنسيات
<u>99</u>	رابعا: حجية الأحكام الصادرة في مسائل الجنسية

<u>103</u>	<b>الفصل الثاني:</b> <b>حقيقة اعتبار المال في الفقه لإسلامي والقانون الوضعي</b>
<u>103</u>	المبحث الأول: تعريف مآلات الأفعال وأدلة اعتبارها
<u>104</u>	المطلب الأول: مفهوم اعتبار المال
<u>104</u>	الفرع الأول: معنى الاعتبار لغة
<u>404</u>	أولاً: الاعتبار لغة
<u>104</u>	ثانياً: الاعتبار اصطلاحاً
<u>105</u>	الفرع الثاني: معنى المآلات لغة
<u>106</u>	الفرع الثالث: المعنى الاصطلاحي للمآلات
<u>109</u>	المطلب الثالث: نشأة مصطلح مآلات الأفعال
<u>111</u>	المطلب الرابع: الألفاظ ذات الصلة بالمآلات
<u>114</u>	المطلب الخامس: صلة اعتبار مآلات الأفعال بعلم المقاصد
<u>117</u>	المطلب السادس: أدلة اعتبار مآلات الأفعال
<u>117</u>	الفرع الأول: أدلة اعتبار مآلات الأفعال في القرآن الكريم
<u>117</u>	أولاً: تعليل الحكم بما يؤول إليه
<u>119</u>	ثانياً: منع الفعل لما يؤول إليه من الوقوع في محذور
<u>122</u>	ثالثاً: مراعاة مآل الفعل
<u>123</u>	رابعاً: الترخيص في الفعل الممنوع لما يؤول إليه
<u>124</u>	الفرع الثاني: أدلة اعتبار مآلات الأفعال من السنة النبوية
<u>124</u>	أولاً: تعليل الحكم بما يؤول إليه
<u>125</u>	ثانياً: منع الفعل لما يؤول إليه من الوقوع في محذور
<u>127</u>	ثالثاً: الترخيص في الفعل الممنوع لما يؤول إليه
<u>130</u>	الفرع الثالث: أدلة اعتبار مآلات الأفعال من آثار الصحابة
<u>130</u>	أولاً: تعليل الحكم بما يؤول إليه
<u>131</u>	ثانياً: منع الفعل المباح لئلا يؤول إلى الوقوع في محذور
<u>133</u>	ثالثاً: طلب الفعل لما يؤول إليه من مصلحة
<u>134</u>	رابعاً: مراعاة تغير الزمان والأحوال
<u>136</u>	المبحث الثاني: الصبغة المقاصدية والوصف الأصولي لمبدأ اعتبار المال
<u>136</u>	المطلب الأول: الصبغة المقاصدية لمبدأ اعتبار المال
<u>138</u>	المطلب الثاني: الغاية من اعتبار المال تحقيق المقاصد
<u>140</u>	المطلب الثالث: الجانب الأصولي لمبدأ اعتبار المال
<u>142</u>	المطلب الرابع: مفهوم تحقيق المناط

<u>142</u>	الفرع الأول: معنى اللفظتان لغة واصطلاحاً
<u>143</u>	أولاً: التحقيق
<u>143</u>	1- التحقيق لغة
<u>143</u>	2- التحقيق اصطلاحاً
<u>144</u>	ثانياً: المناط
<u>144</u>	1- المناط لغة
<u>144</u>	2- المناط اصطلاحاً
<u>146</u>	الفرع الثاني: مفهوم تحقيق المناط
<u>148</u>	الفرع الثالث: الراجع من هذا التعريفات
<u>148</u>	الفرع الرابع: أقسام تحقيق المناط
<u>148</u>	أولاً: تحقيق مناط عام
<u>150</u>	ثانياً: تحقيق مناط خاص
<u>151</u>	الفرع الخامس: أهمية تحقيق المناط
<u>151</u>	أولاً: أهمية تحقيق المناط بالنسبة لأحكام الشريعة
<u>153</u>	ثانياً: أهمية تحقيق المناط في عمل المجتهد
<u>154</u>	ثالثاً: أهمية تحقيق المناط في الاختلاف الفقهي
<u>156</u>	المطلب الخامس: علاقة تحقيق المناط باعتبار المآل
<u>157</u>	المطلب السادس: مكونات النظر في المآلات
<u>157</u>	الفرع الأول: الفعل
<u>159</u>	الفرع الثاني: الواقع
<u>161</u>	الفرع الثالث: النتيجة
<u>164</u>	المبحث الثالث: النظريات والقواعد الفقهية الأكثر صلة باعتبار المآل
<u>164</u>	المطلب الأول: نظرية الباعث
<u>164</u>	الفرع الأول: الباعث عند علماء الشريعة
<u>164</u>	أولاً: الباعث عند الفقهاء
<u>165</u>	ثانياً: الباعث عند علماء الأصول
<u>166</u>	الفرع الثاني: الباعث عند أهل القانون
<u>166</u>	أولاً: الباعث عند علماء القانون الجنائي
<u>166</u>	ثانياً: الباعث في القانون الجنائي
<u>167</u>	ثالثاً: الباعث عند علماء القانون المدني
<u>167</u>	رابعاً: الباعث في القانون المدني
<u>168</u>	الفرع الثالث: العلاقة بين نظرية الباعث ومبدأ اعتبار المآل

<u>170</u>	المطلب الثاني: نظرية التعسف في استعمال الحق
<u>170</u>	الفرع الأول: معنى التعسف في استعمال الحق
<u>171</u>	الفرع الثاني: حجية النظرية
<u>171</u>	أولاً: أدلة النظرية من القرآن الكريم
<u>173</u>	ثانياً: أدلة النظرية من السنة النبوي
<u>175</u>	ثالثاً: أدلة النظرية من فقه الصحابة
<u>177</u>	الفرع الثالث: التكيف القانوني لفكرة التعسف
<u>178</u>	الفرع الرابع: علاقة نظرية التعسف في استعمال الحق بمراعاة المآل
<u>180</u>	المطلب الرابع: نظرية الاحتياط
<u>180</u>	الفرع الأول: معنى الاحتياط
<u>182</u>	الفرع الثاني: حجية الاحتياط
<u>182</u>	أولاً: أدلة النظرية من القرآن الكريم
<u>184</u>	ثانياً: أدلة النظرية من السنة النبوية
<u>185</u>	ثالثاً: أدلة النظرية من فقه الصحابة
<u>186</u>	رابعاً: الأدلة العقلية
<u>187</u>	الفرع الثالث: علاقة نظرية الاحتياط الفقهي بمبدأ اعتبار المآل
<u>188</u>	المطلب الرابع: القواعد ذات الصلة بمبدأ اعتبار المآل
<u>188</u>	الفرع الأول: سد الذرائع
<u>188</u>	أولاً: تعريف سدّ الذرائع لغة واصطلاحاً
<u>189</u>	ثانياً: حُجِّيَّة سدّ الذرائع
<u>189</u>	1- من القرآن الكريم
<u>190</u>	2- من السُّنَّة النَّبَوِيَّة
<u>191</u>	3- من عمل الصَّحابة
<u>193</u>	ثالثاً: علاقة الذرائع بمبدأ النظر في مآلات الأفعال
<u>194</u>	الفرع الثاني: الحيل
<u>194</u>	أولاً: تعريف الحيل
<u>197</u>	ثالثاً: علاقة الحيل بمبدأ اعتبار المآل
<u>199</u>	الفرع الثالث: الاستحسان
<u>199</u>	أولاً: الاستحسان عند الأصوليين
<u>200</u>	ثانياً: حكم الاستحسان
<u>203</u>	ثالثاً: علاقة الاستحسان بالنظر في مآلات الأفعال

<u>205</u>	المبحث الرابع: الغاية من التشريع الوضعي
<u>205</u>	المطلب الأول: معنى الغاية
<u>205</u>	الفرع الأول: تعريف الغاية لغة
<u>205</u>	الفرع الثاني: تعريف الغاية اصطلاح
<u>207</u>	المطلب الثاني: الغايات الأساسية للقانون الوضعي
<u>207</u>	الفرع الأول: القانون الوضعي غايته تحقيق العدل
<u>208</u>	الفرع الثاني: غاية القانون التقدم الاجتماعي
<u>209</u>	الفرع الثالث: غاية القانون تحقيق الأمن
<u>210</u>	المطلب الثالث: فلسفة التشريع الوضعي في ضوء مقاصد الشريعة
<u>210</u>	الفرع الأول: الفهم المقاصدي للنصوص الشرعية والوضعية
<u>213</u>	الفرع الثاني: رعاية المصلحة في التشريعين الوضعي والإسلامي
<u>214</u>	الفرع الثالث: ضوابط المصلحة في الفكرين الوضعي والإسلامي
<u>218</u>	المطلب الرابع: مآلات الأحكام في القوانين الوضعية
<u>222</u>	<b>الفصل الثالث:</b> مبدأ اعتبار المآل في فقه الأقليات ودوره في حل التنازع بين القوانين
<u>222</u>	المبحث الأول: دور اعتبار المآل في فقه القليات
<u>223</u>	المطلب الأول: الأقليات وفقه الأقليات
<u>224</u>	الفرع الأول: مفهوم فقه الأقليات
<u>224</u>	أولاً: تعريف الفقه
<u>224</u>	1- الفقه لغة
<u>224</u>	2- الفقه اصطلاحاً
<u>224</u>	ثانياً: تعريف القلة
<u>224</u>	1- تعريف القلة لغة
<u>225</u>	2- تعريف القلة اصطلاحاً
<u>225</u>	أ: اتجاه ينظر إلى العدد
<u>225</u>	ب: اتجاه ينظر إلى القوة والتأثير
<u>225</u>	ج: اتجاه ينظر إلى المستوى الاجتماعي الرفيع
<u>226</u>	الفرع الثاني: تعريف المركب «فقه الأقليات»
<u>228</u>	المطلب الثاني: مميزات أوضاع الأقليات
<u>228</u>	الفرع الأول: صفة الضعف
<u>229</u>	الفرع الثاني: خاصية الإلزام القانوني
<u>229</u>	الفرع الثالث: خاصية الإكراه الثقافي

<u>230</u>	الفرع الرابع: الدور المنوط بالأقليات
<u>231</u>	المطلب الثالث: تأثير مميزات الأقليات على المآلات
<u>231</u>	الفرع الأول: التأثير بميزة القلة
<u>232</u>	الفرع الثاني: التأثير بالنظام القانونية
<u>233</u>	الفرع الثالث: التأثير بالعادات الاجتماعية
<u>234</u>	الفرع الرابع: التأثير بميزة التبليغ الدعوي
<u>236</u>	المطلب الرابع: التأصيل لفقهاء الأقليات
<u>237</u>	الفرع الأول: القسم الأول المقاصد
<u>238</u>	الفرع الثاني: قواعد وأصول مؤثرة في فقه الأقليات
<u>239</u>	أولاً: قاعدة التيسير ورفع الحرج
<u>244</u>	ثانياً: قاعدة تغيير الفتوى بتغيير الزمان
<u>244</u>	ثالثاً: قاعدة تنزيل الحاجة منزلة الضرورة
<u>247</u>	رابعاً: قاعدة العرف
<u>249</u>	خامساً: قاعدة النظر في المآلات
<u>250</u>	سادساً: قاعدة قيام جماعة المسلمين مقام القاضي
<u>254</u>	المبحث الثاني: اعتبار المآلات وسيلة لحل النزاع بين القوانين
<u>254</u>	المطلب الأول: الحلول الوضعية لحل النزاع بين القوانين
<u>255</u>	الفرع الأول: تنازع الاختصاص القضائي الدولي
<u>255</u>	أولاً: طبيعة قواعد الاختصاص القضائي الدولي
<u>255</u>	1- قواعد مادية
<u>255</u>	2- قواعد أحادية الجانب
<u>256</u>	3- قواعد وطنية
<u>256</u>	ثانياً: علاقة تنازع الاختصاص القضائي الدولي بتنازع القوانين
<u>256</u>	1- الاختصاص القضائي الدولي سابق لتنازع القوانين
<u>256</u>	2- الاختصاص القضائي الدولي مستقل عن تنازع القوانين
<u>257</u>	3- تأثير الاختصاص القضائي الدولي في تنازع القوانين
<u>257</u>	الفرع الثاني: مرحلة تحديد الوصف القانوني
<u>257</u>	أولاً: التكييف أولي
<u>257</u>	ثانياً: التكييف الثانوي
<u>258</u>	الفرع الثالث: تطبيق قاعدة الإسناد وإعمالها
<u>259</u>	الفرع الرابع: حالات استبعاد القانون الأجنبي
<u>259</u>	أولاً: الدفع بالنظام العام

<u>260</u>	ثانيا:التحايل على القانون
<u>261</u>	المطلب الثاني: مدارك النظر في المآلات
<u>261</u>	الفرع الأول: مرحلة التصور
<u>262</u>	أولا: معنى التصوير
<u>262</u>	1- التصوير لغة
<u>263</u>	2- معنى التصوير اصطلاحًا
<u>264</u>	ثانيا: الألفاظ والمصطلحات ذات الصلة بالتصوير
<u>264</u>	1- التوصيف وعلاقته بالتصوير
<u>265</u>	2- التكييف وعلاقته بالتصوير
<u>265</u>	3- فقه الواقع وعلاقته بالتصوير
<u>266</u>	ثالثا: أدلة اعتبار تصوير المسألة
<u>268</u>	رابعا: أهمية تصوير النازلة
<u>270</u>	خامسا: تصوير المسألة شرط للاجتهاد بتحقيق المناط
<u>270</u>	سادسا: علاقة التصوير بقاعدة اعتبار المآلات
<u>271</u>	سابعا: مدارك تصور النازلة
<u>271</u>	1- مراجعة المختصين في معرفة حقيقة النازلة
<u>271</u>	2- معرفة المصطلحات الواردة في النازلة، وفهمها على حسب الواقع
<u>272</u>	3- سؤال المستفتي عن مراده فيما يشكل معرفة معناه
<u>272</u>	4- معرفة ما يحيط بالنازلة من قرائن وملابسات
<u>272</u>	5- معرفة خصائص النازلة من حيث الطبيعة والنشأة والتطور
<u>273</u>	الفرع الثاني: مرحلة التكييف
<u>273</u>	أولا: معنى التكييف
<u>273</u>	1- المعنى اللغوي للتكييف
<u>274</u>	2- المعنى الاصطلاحي للتكييف
<u>276</u>	ثانيا: مشروعية التكييف الفقهي
<u>277</u>	ثالثا: أقسام التكييف
<u>277</u>	1- التكييف البسيط
<u>278</u>	2- التكييف المركب
<u>278</u>	رابعا: خطوات التكييف الفقهي
<u>280</u>	الفرع الثالث: مرحلة التطبيق
<u>280</u>	أولا: معنى التطبيق
<u>281</u>	الفرع الرابع: التوقف



<u>283</u>	المبحث الثالث: اعتبار المآل كآلية لحل تنازع القوانين بشأن المسائل الشخصية
<u>283</u>	المطلب الأول: مآل تنازع القوانين على إنشاء عقد الزواج
<u>283</u>	الفرع الأول: مآل التنازع بين القوانين على صحة عقد الزواج
<u>283</u>	أولا: القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج
<u>286</u>	ثانيا: القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للزواج
<u>287</u>	الفرع الثاني: صحة عقد الزواج في الفقه الإسلامي
<u>287</u>	أولا: أركان عقد الزواج
<u>291</u>	ثانيا: شروط عقد الزواج
<u>291</u>	ثالثا: توثيق عقد الزواج
<u>292</u>	1- مشروعية توثيق العقود بالكتابة
<u>292</u>	2- توثيق عقد الزواج
<u>293</u>	المطلب الثاني: أثر التنازع عند تغير دين أحد الزوجين
<u>293</u>	الفرع الأول: حكم عقد الزواج عند إسلام أحد الزوجين
<u>300</u>	الفرع الثاني: آراء الفقهاء المعاصرين في حكم عقد الزواج عند إسلام أحد الزوجين
<u>301</u>	الفرع الثالث: الرأي الراجح
<u>302</u>	المطلب الثالث: التنازع بين القوانين على الحضانة
<u>303</u>	الفرع الأول: بالنسبة للقانون الأسرة الجزائري
<u>304</u>	الفرع الثاني: الحضانة في القانون الدولي
<u>304</u>	أولا: اختلاف التشريعات في فكرة الحضانة
<u>305</u>	ثانيا: تأثير الاختلاف بين التشريعات في تنازع القوانين
<u>305</u>	1- تأثير الاختلاف الفقهي في التشريعات
<u>305</u>	أ- الفقه الإسلامي
<u>306</u>	ب- الديانة المسيحية
<u>306</u>	2- موقف بعض التشريعات العربية
<u>307</u>	3- موقف بعض التشريعات الأوروبية
<u>308</u>	4- موقف بعض الاتفاقيات الدولية
<u>309</u>	الفرع الرابع: حلول تنازع القوانين في الحضانة
<u>309</u>	أولا: تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة في التشريعات العربية
<u>311</u>	ثانيا: تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة في التشريعات الأجنبية
<u>311</u>	- موقف اتفاقية لاهاي لعام 1996م
<u>313</u>	المطلب الرابع: أسباب ثبوت النسب

<u>313</u>	الفرع الأول: أدلة إثبات النسب
<u>313</u>	أولاً: الشبه
<u>314</u>	ثانياً: الدعوى المجردة مع الإمكان
<u>314</u>	ثالثاً: ظاهرة الفراش
<u>316</u>	الفرع الثاني: المنازعات المتعلقة بالنسب الطبيعي
<u>319</u>	الفرع الثالث: طرق إثبات النسب
<u>323</u>	الفرع الرابع: إثبات النسب بالبصمة الوراثية
<u>323</u>	أولاً: حكم إثبات النسب بالبصمة الوراثية
<u>326</u>	المبحث الرابع: الحلول العملية في المسائل الشخصية ذات الأثر المالي
<u>326</u>	المطلب الأول: أثر التنازع بين القوانين على الحقوق المالية
<u>326</u>	الفرع الأول: أثر اختلاف الدين في النفقة الزوجية
<u>328</u>	أولاً: إسلام الزوجة وإبائه الزوج الإسلام
<u>328</u>	1- الرأي الأول
<u>328</u>	2- الرأي الثاني
<u>329</u>	3- الرأي الراجح
<u>330</u>	ثانياً: إسلام الزوج وإبائه الزوجة الإسلام
<u>330</u>	1- الرأي الأول
<u>330</u>	2- الرأي الثاني
<u>330</u>	3- الرأي الراجح
<u>331</u>	ثالثاً: ردة أحد الزوجين و الزوج كان هو المرتد
<u>331</u>	1- الرأي الأول
<u>331</u>	2- الرأي الثاني
<u>331</u>	3- الرأي الراجح
<u>331</u>	رابعاً: في حالة ردة الزوجة
<u>331</u>	1- الرأي الأول
<u>332</u>	2- الرأي الثاني
<u>332</u>	3- الرأي الراجح
<u>332</u>	الفرع الثاني: أثر اختلاف الدين في نفقة الأقارب
<u>332</u>	أولاً: الحنفية
<u>333</u>	ثانياً: المالكية
<u>333</u>	ثالثاً: الشافعية

<u>333</u>	رابعاً: الحنابلة
<u>334</u>	1- القول الأول
<u>336</u>	2- القول الثاني
<u>336</u>	3-الرأي الراجع
<u>337</u>	الفرع الثالث: النفقة في القانون الدولي الخاص
<u>338</u>	المطلب الثاني: التنازع بين القوانين على الوصية
<u>338</u>	الفرع الأول: الوصية بين المسلم والكافر الأصلي
<u>338</u>	أولاً: وصية المسلم للكافر
<u>339</u>	1- الرأي الأول
<u>340</u>	2- أدلة الرأي الأول ومناقشتها
<u>343</u>	3- الرأي الثاني
<u>344</u>	4- الرأي الثالث
<u>345</u>	5- أدلة أصحاب هذا الرأي
<u>347</u>	6- الرأي الراجع
<u>348</u>	الفرع الثاني: أثر اختلاف الدين في الميراث
<u>348</u>	أولاً: ميراث الكافر من المسلم
<u>348</u>	1- الرأي الأول
<u>349</u>	2- الرأي الثاني
<u>349</u>	3- الرأي الراجع
<u>349</u>	ثانياً: ميراث المسلم الكافر
<u>349</u>	1- الرأي الأول
<u>350</u>	2- الرأي الثاني
<u>351</u>	3- الرأي الراجع
<u>351</u>	ثالثاً: الميراث بين المسلم والمرتد
<u>352</u>	1- القول الأول
<u>352</u>	2- القول الثاني
<u>353</u>	3- الرأي الراجع
<u>353</u>	الفرع الثالث: التنازع بين القوانين في العلاقات الناشئة بأثر الموت
<u>353</u>	أولاً: الطبيعة القانونية للموارث و الوصايا
<u>354</u>	ثانياً: القانون الواجب التطبيق في قضايا الموارث و الوصايا
<u>360</u>	الخاتمة

<u>365</u>	الفهارس
<u>366</u>	فهرس الآيات القرآنية
<u>372</u>	فهرس الأحاديث والآثار
<u>376</u>	فهرس القواعد الفقهية والأصولية
<u>378</u>	فهرس المواد القانونية
<u>381</u>	فهرس الأعلام المترجم لهم
<u>383</u>	فهرس المصادر والمراجع
<u>413</u>	فهرس الموضوعات

### ملخص البحث

تحل مشكلة النزاع انطلاقاً من قواعد النزاع أو الإسناد، التي تبقى قواعد إرشادية إلى قانون واجب التطبيق، لإعمال الحل الذي يوفره القانون المحدد بمقتضى تلك القواعد، بحيث يتوجب على القاضي أن يحدد على ضوء القواعد المقررة في دولته ما هو القانون الذي يحكم النزاع الذي ينشأ بسبب هذه الرابطة، و يعتبر موضوع الأحوال الشخصية المجال الخصب لتطبيق قواعد النزاع في إطار القانون الدولي الخاص.

يتعين على الفقيه والقاضي، النظر إلى مآلات الأفعال، والتأمل في نتائج التصرفات، قبل المسارعة إلى الحكم وبيان المسألة، ويُقصد بمراعاة مآلات الأفعال: معرفة الغاية التي استهدفها الشارع من سن الحكم، والكشف عن وجوه هذه الغاية في الحادثة موضوع البحث .

ولقد أوجب الشارع التحقق من (مشروعية البواعث) لما تؤدي إليه من مآلات ونتائج؛ لأن (الدافع النفسي) للتصرف قبل تنفيذه هو باعث مستكن في النفس، وبعد تنفيذه نتيجة ومآل وواقع في الخارج .  
واقع الأقليات هو واقع المجتمع الذي يعيشون فيه ونظمه وقوانينه، ومدى مرونتها وصلابتها وفلسفتها وخلفياتها، فواقعها يبحث عن أحكام استثنائية لأوضاع استثنائية ..

غير أن عناية فقهاء القانون بمقاصد نصوصهم التشريعية أقل بكثير مما هو عند أهل الشريعة الإسلامية؛ وذلك لأن الداعي الذي قام عند فقهاء الشريعة لم يرقم عند أهل القانون.

### Résumé de recherché

**La résolution d'un problème des conflits se fait selon des lois et des références des conflits, qui restent des lois ou des instructions en application, c'est que le juge doit préciser, selon les lois appliquées dans son pays, quelle est la loi qui juge un conflit issu de cette liaison, les sujets d'état civil est le domaine stérile pour l'application des lois entre les conflits dans le cadre de la loi spécifique internationale.**

**C'est au théologien ou au juge de faire un constat des actions et des conséquences des réactions avant la précipitation de leur jugement et l'éclaircissement de l'affaire ainsi que de donner le résultat de leur propre recherche et cela veut dire qu'il faut une prise en considération des actions ou réactions, un connaissance l'objectif du Dieu (Allah) de ce jugement et le dévoilement d'un objectif pour atteindre un but d'une affaire d'une recherche .**

**Et Dieu (Allah) a exigé d'être sûr des (sources) qui seraient les causes de certaines conséquences, parce que (l'objectif psychique) nous pousse à l'action avant même son exécution car cela réside dans notre âme est après l'exécution qui est l'effet d'objectif et une réalité extérieure.**

**La situation des minorités est la situation de toute une société dans laquelle elles vivent et dans laquelle elles sont organisées et obéissent à des lois, ainsi que le degré de sa souplesse, de sa rigidité, de sa philosophie et de son moral, cette réalité fait appel à des jugements spécifiques dans des situations spécifiques.**

**Mais le traitement des sources (textes) de la religion par les théologiens des lois et moins intéressant par rapport à l'activité des théologiens engagés de la religion et cela parce que l'objectif ou la visée des théologiens est tout à fait autre que celui des hommes de lois.**

