

علم الميزان وأثره في الفقه القضائي

The investment of intent balance science in obligated juridical women's divorce issuesقبيطة عبد القادر¹، لخضاري الأخضري²¹ مخبر الدراسات القرآنية والمقاصدية جامعة وهران أحمد بن بلة الجزائر gueitaa6@gmail.com² مخبر الدراسات القرآنية والمقاصدية جامعة وهران أحمد بن بلة الجزائر Lakhdar.lakhdari@yahoo.fr

تاريخ النشر: 2020/10/08

تاريخ القبول: 2022/06/11

تاريخ الاستلام: 2022/02/14

ملخص:

تناولت الدراسة إبراز أثر علم الميزان، في حسم الكثير من المسائل القضائية المستجدة، من خلال التأصيل له وبيان أهميته وأسسها التي يركز عليها، بغية الوصول إلى الرأي السديد الموافق لمقاصد الشريعة، ولما كان القضاء من أروع النظم تحقيقاً للأهداف سامية، والغايات النبيلة، يعصم الدماء ويصون الأبضاع، وميدان لفصل الخصومات وفض النزاعات، كان لزاماً على القاضي أن يحصل قواعد علم الميزان ومسالكه، من أجل تصوير المسألة والإحاطة بها من كل جوانبها والنظر في مآلاتها، ولتحقيق هذا الغرض تم استثمار علم الميزان من خلال نماذج تطبيقية من الإجتهد القضائي، الموسوم "بالخلع القضائي الجبري" واخضاعه لقواعد علم الميزان ومسالكه، مع إبراز ممكن الخلل والإضطراب في الإجتهد القضائي الجزائري.

كلمات مفتاحية: مقامات؛ مسالك؛ علم الميزان؛ القواعد؛ الخلع**Abstract:**

this monograph studied the impact of scale science in resolving many of the emerging judicial issues through rooting it and showing its importance and its foundations in order to reach the good opinion corresponding to the purposes of Sharīa and since the judiciary is one of the finest systems in order to achieve the high goals and noble purposes ; stopping blood and safeguarding vulva and a field for the adjudicate of deductions and dispute resolution ; the judge had to obtain the rules of scale science and its methods in order to illustrate the issue and surround it in all its aspects and consider its outcomes and to achieve this purpose it has been invested through applied models of judicial jurisprudence marked by judicial women divorce and subjecting it to the rules and paths of scale science, while highlighting the flaws and disturbances in Algerian jurisprudence

مقدمة

الحمد لله الذي أكمل الدين وأتم النعمة، والصلاة والسلام على النبي المنة، المبعوث بالحكمة وتجديد الملة، وعلى آله وأصحابه ذوي الهمة، الذين حفظوا الدين ورفعهم الله في القمة.

أما بعد:

مما لا شك فيه أن الفقه القضائي يحتاج إلى علم الميزان بقواعد العاصمة وضوابطه المرعية، التي تعينه في تكييف الوقائع والأحداث وتصورها تصورا سليما، يعصم اجتهاد القاضي حال استصدار الأحكام على وجه يتسم بالدقة والصواب. ولما كان المقصد الأسنى والمطلب الأرجى لعموم الناس هو جلب النفع والصالح ودفع الضرر والفساد، كان لزاما على القضاة والمجتهدين أن ينظروا في تعارض المصالح والمفاسد، في الأفضية التي يفصلون فيها، وفق ميزان مقاصدي قائم على قواعد الترجيح والموازنة، خاصة في هذا العصر الذي كثرت فيه المستجدات ، وتداخلت فيه القضايا المعاصرة ، ولاستثمار علم الميزان في العملية الإجتهدية، إرتأت تطبيقه على الإجتهد القضائي، من خلال بيان أثره في الأفضية المعاصرة، مع تجسيد أصوله ومسالكه في مسألة الخلع الجبري، الذي تتجاذبه مصالح ومفاسد. وقد جاءت هذه الدراسة لتجيب عن المقصود باستثمار علم الميزان وقواعده وضوابطه في حسم مسائل الإجتهد القضائي، وبالخصوص مسألة الخلع الجبري ، وأما أهمية فتتجلى في حاجة الساحة القضائية إلى تفعيل علم الميزان في النظر القضائي، كونه يتعلق بكليات الشرعية من حفظ الأنفس والأموال والأعراض وغيرها. من خلال الترجيح بين تعارض المصالح جلبا وتحصيلا وبين المفاسد درأ ودفعاً ورفعاً، وما بينهما جلبا وهدرًا. متبعا المنهج الاستقرائي والتحليلي والوصفي؛ أما الاستقرائي فيتجلى في تتبع الأقوال والآراء المتعلقة بالخلع الجبري وعرضها، وأما التحليلي فيتجلى في بيان مستند الأقوال، وطبيعة الإجتهد القضائي مع إخضاعها لعلم الميزان. ويظهر المنهج الوصفي في عرض حقيقة الاجتهاد القضائي وطبيعة مواده و توصيفيه مع ما يتناسب ومقتضيات النص الشرعي. أما عن هيكل الدراسة فأوردته على التفصيل الآتي:

المبحث الأول: حقائق علم الميزان وأهميته وقواعده، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حقيقة علم الميزان.

المطلب الثاني: أهمية علم الميزان.

المطلب الثالث: قواعد علم الميزان .

المبحث الثاني: فهم السلف وأثره في ضبط قواعد علم الميزان

المطلب الأول : قاعد رعي الخلاف، أي الأخذ بلازم دليل الخصم

المطلب الثاني: قاعدة الورع

المطلب الثالث :قاعدة السد الذرائع

المبحث الثالث: الفقه القضائي ضبطاً وتنزيلاً

المطلب الأول: حقيقة الفقه القضائي

المطلب الثاني: أهمية الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي

المطلب الثالث: نماذج تطبيقية

الخاتمة: ختمت الدراسة بنتائج ومقترحات مرتبة حسب الأهمية

المبحث الأول: مفهوم علم الميزان وأهميته وقواعده

تمهيد: لوضع تصور عام لعلم الميزان، لا بد أن نقف على حقيقته اللغوية في كلام العرب و معانيه الإصطلاحية عند أرباب الأصول.

المطلب الأول: حقيقة علم الميزان

أولاً: الحقائق اللغوية:

بعد تتبع كلمة "ميزان" في المعاجم ظهر أن "وزن" الواو والزاي والتون فيها بناء يدل على تعديل واستقامة¹، وله عدة معاني، نجملها في إطلاقتها حسب القدر المشترك.

الإطلاق الأول: القدر وآلة الوزن

الوزن ثقل شيء بشيء مثله، كأوزان الدراهم². العرب تقول: ما لفلان عندنا وزن، أي: قدر لحسته³.

الإطلاق لثاني: الرجاحة والرزانة والأصالة والتثبت: وراجح الوزن: كامل العقل والرأي⁴. ورجل وزن الرأي: أي رزئته وأصيله، وقد وزن وزانة إذا كان متثبتاً⁵

الإطلاق الثالث: المحاذاة والمساواة والمقابلة: وهو ميزان الجبل: بجذائه⁶ قولهم هذا وزن هذا، وإن لم يكن ما يوزن، وتأويله أنه قد قام في النفس مساوياً لغيره⁷.

الإطلاق الرابع: الاعتدال والعدل والتوسط: من أمثال العرب: أعدل من الميزان¹.

¹ معجم مقاييس اللغة: أحمد بن فارس ١، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر: 1399 هـ - 1979 م، ج ٥، ص 107.

² كتاب العين: الخليل الفراهيدي، ت: 170 هـ، تح: د مهدي المخزومي: دار ومكتبة الهلال، ج 386/07.

³ تهذيب اللغة: محمد بن أحمد بن الأزهري، ت: 370 هـ، تح: محمد عوض مرعب: دار إحياء التراث العربي - بيروت ط: 1، 2001 م، ج 13/ص 175.

⁴ القاموس المحيط، الفيروزآبادي، تح: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان - ط: 8، 1426 هـ - 2005 م، ج 01، ص 1238.

⁵ العين: الفراهيدي، ج 7، ص 386، الصحاح، جلوهري، ج 6، ص 2213 و أساس البلاغة: أبو القاسم الزمخشري، ت: 538 هـ، تح: محمد باسل عيون السود: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان ط: 1، 1419 هـ - 1998 م، ج 2، ص 332، لسان العرب: ابن منظور الأنصاري، ت: 711 هـ، دار صادر - بيروت ط: 3 - 1414 هـ ج 13، ص 4.

⁶ تاج العروس: الزبيدي، ت: 1205 هـ، تح: عبد الكريم العزباوي، دار الهداية - الكويت - ط: 1422، 1 هـ - 2001 م، ج 36، ص 250.

⁷ المصدر السابق: أبو القاسم الزمخشري، ج 2، ص 232 و تاج العروس: الزبيدي، ج 36، ص 251.

ثانياً: الحقائق الإصطلاحية:

لم يكن علم الميزان معروفاً في السابق بهذا المصطلح ، لذا نحاول أن نقف على مدلوله عند المتقدمين والمتأخرين.

إطلاقاته عند المتقدمين:

يطلق عند المتقدمين ويراد به عدة إطلاقات نذكر أهمها.

التعارض و الترجيح:

يقصد به التوفيق بين الأدلة، و التحكيم عليها. والذي يعنيه الأصوليون واقع بين الدليلين أنفسهما، فيجيء الترجيح بينهما من جهة المتن أو السند أو المعنى أو أمر خارج².

القياس:

إبن القيم هو من سمى القياس ميزانا في قوله: " وهذا لا دليل عليه يوجب المصير إليه لا من كتاب و لا من سنة و لا إجماع و لا ميزان صحيح"³؛ يعني القياس الصحيح هو الميزان.

إطلاقاته عند المتأخرين:

أطلق عليه العلماء المتأخرين عدة مسميات مختلفة منها.

فقه الأولويات:

ويقصد به وضع كل شيء في مرتبته، من الأحكام والأعمال والتكاليف، فهي متفاوتة ومتفاضلة في نظر الشرع تفاوتاً كبيراً، وعرف " بأنه العلم بالأمور التي ثبت لها حق التقديم وفق الأدلة الشرعية"⁴

فقه الموازنات:

يقصد به مجموعة الأسس و المعايير التي تضبط عملية الموازنة بين المصالح المتعارضة أو المفسدة المتعارضة مع المصالح، ليتبين بذلك أي المصلحتين أرجح فتقدم على غيرها، و أي المفسدتين أعظم خطراً فيقدم درؤها،⁵ من خلال هذا العرض وما سبقه من إطلاقات لغوية نستطيع أن نقول أن علم الميزان علم قائم على المقابلة بين طرفين معتبرين لاختيار أرجحهما وفق معيار عادل ينتج عنه راجح ومرجوح وفاضل ومفضول.

وقد عرفه الدكتور الأخضر الأخضراري: " بأنه معيار يعدل بين المنافع والمضار والغامر والمغمور مرجحاً ومرجوحاً"⁶.

المطلب الثاني: أهمية علم الميزان

¹ جمع أمثال العرب، أبو الفضل أحمد بن محمد النيسابوري، تح: محمد حمي الدين عبد الحليم، دار المعرفة، بيروت لبنان، 54/2. و المصدر السابق:

محمد بن الأزهر، ج13، ص176

² الموافقات: الشاطي، تح: مشهور بن حسن ، دار ابن عفان، ط: 1، 1417هـ، 1997م، ج05، ص341

³ إعلام الموقعين: ابن قيم الجوزية، تح: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية-بيروت-ط: 1، 1411هـ-1991م، ج01، ص169

⁴ فقه الأولويات السياسية والاقتصادية: نهاد اسحاق الغصين: دار ابن عباس، ط: 1، 1430هـ، ج1، ص37

⁵ فقه الموازنات في الشريعة الإسلامية، د. عبد المجيد محمد السوسوة، دار القلم: دبي، ط 1، 1425هـ، ص 13 .

⁶ القاصد على متن علم المقاصد: الأخضر الأخضراري، مكتبة الرشد للطباعة والنشر-الجزائر-ص38

يساعد المكلف للإرتقاء في عبادة ربه والتقرب إليه في معرفة درجات الأعمال فيجعل المسلم متوازنا في عبادته وعمله، وفي غياب علم الميزان يجعل المرء يقدم المفضول على الفاضل والمستحب على الواجب ويؤثر السنة على الفرض. ويوازن المصالح والمفاسد أو ما في بينها قال ابن تيمية: "فمن لم يوازن ما في الفعل والترك من المصلحة الشرعية والمفسدة الشرعية فقد يدع واجبات ويفعل محرمات"¹.

وهو يعتبر مسلكا للمقاربة والمقارنة بين فقه التمكن وفقه الاستضعاف في الفتوى والدعوة، وله أهمية كبرى في إيجاد الحلول للأقليات المسلمة في معاملتهم مع غيرهم كالمشاركات السياسية، والإقامة في بلاد الكفر، وغيرها من المسائل التي يحتاج فيها المسلم للموازنة بين المصالح والمفاسد والخسائر والمكاسب. وهو يحسد خاصية الوسطية والاعتدال في الشريعة الإسلامية من خلال منهجه في المروحة بين ظواهر النصوص ومقاصدها، والرخص والعزائم والتخفيف والتشديد، لا يفرط في الجزئيات ولا يفوت الكليات، فقد مدح الله الأمة أخذها بهذا المنهج الذي يؤصله الأخذ بعلم الميزان، قال تعالى: "وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا"²

المطلب الثالث: قواعد علم الميزان

1- الدراية التامة بالأحكام الشرعية ومراتبها ومراميها:

لكل حكم شرعي مصلحة ينبغي تحصيلها، ومفسدة يلزم درأها، فكلما كان الحكم جالبا لمصلحة كبرى أو دافعا لمفسدة عظيمة علت درجته وكان أولى من غيره. يقول القرافي: "والمصلحة إن كانت في أدنى الرتب كان المرتب عليها الندب وإن كانت في أعلى الرتب كان المرتب عليها الوجوب، ثم أن المصلحة تترقى ويرتقي الندب بارتقائها حتى يكون أعلى مراتب الندب يلي أدنى مراتب الوجوب"³ ويقول الإمام الشاطبي: "الفعل يعتبر شرعا بما يكون عنه من المصالح أو المفاسد وقد بين الشرع ذلك، وميز بين ما يعظم من الأفعال مصلحته؛ فجعله ركنا، أو مفسدته؛ فجعله كبيرة وبين ما ليس كذلك؛ فسماه في المصالح إحسانا وفي المفاسد صغيرة، وبهذه الطريقة يتميز ما هو من أركان الدين وأصوله، وما هو من فروعه وفصوله"⁴.

2- قواعد الموازنة ومسالك الترجيح:

يعنى به العلم بمراتب المصالح والمفاسد عند التقديم والتأخير حال التزاحم والتعارض، إذا القاعدة العامة عند الموازنة ترجيح الغالب والراجح على المرجوح وفق القواعد المعتمدة عند العلماء المستقرأة من الشريعة الغراء. هذا من جهة، أما حالة التساوي والعجز عن الجمع والترجيح يتخير المجتهد. يقول العز: "إذا تساوت المصالح مع تعذر الجمع تخيرنا في التقديم

¹ مجموع الفتاوى: ابن تيمية الحارثي، ت: 728هـ، تح: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة

النبوية، السعودية: 1416هـ/1995م، ج10، ص512

² البقرة: الآية، 134

³ أنوار البروق في أنواء الفروق: بالقرافي، ت: 684هـ عالم الكتب ط: بدون طبعة وبدون تاريخ، ج3، ص94،

⁴ الموافقات: الشاطبي، ج1، ص338

والتأخير للتنازع بين المتساويين¹. من تلكم المسالك: تقديم المصالح العامة على الخاصة والكلية على الجزئية والكبيرة على الصغيرة والقطعية على الظنية وفي مقابلها المفسد إذ بضدها تتميز الأشياء ، وقبل الحديث عن التعارض وصوره نشير إلى الكليات التي حصرها العلماء في الخمس و التي عبر عنها الإمام الغزالي مرتبة بقوله: "ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم وماله"². فهل هذا الترتيب الوارد على إطلاقه أم له مبررات يقتضيها ويفسرهما المقام. للإجابة نحقق القول في مسألة صور و مستثنيات قد تعتري هاته الكليات والتي عبر عنها الحذاق بالتعارض وفق معايير ومسوغات كتقديم الأولى على التي تليها. باعتبار الضروري أو الحاجي أو التحسيني سواء بالنظر إلى أصولها أو مكملتها أثناء عملية الموازنة.

3-الإمام بفقه الواقع :

المراد به الحثيات والملايسات والقرائن التي تحف الواقعة حال التنزيل والبحث عن حكمها وحقيقتها. يقول القرضاوي "فقه الواقع معرفة الواقع عرفة دقيقة، معرفته على ماهو عليه سواء لنا ام علينا ،لا معرفته كما يمكن أن يكون"³. قال ابن القيم "فهذا أصل عظيم يحتاج إليه المفتي والحاكم.... فإنه إذا لم يكن فقيها في الأمر له معرفة بالناس تصور له الظالم بصورة المظلوم وعكسه، والمحق بصورة المبطل وعكسه، وراج عليه المكر والخداع والاحتيايل.... بل ينبغي له أن يكون فقيها في معرفة مكر الناس وخداعهم واحتيايلهم وعوائدهم وعرفياتهم، فإن الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان والعوائد والأحوال"⁴ وقد ذكر ابن عقيل الحنبلي كلاما لطيفا في تفسير كلام الإمام أحمد عند قوله معرفة الناس "ومعرفة الناس الفاجر الذي لا يستحق الرخص والتسهيل عليه، فيلزم عليه العزائم، ولو استفتاه في الخلوة بالمحارم مع علمه بأنه يسكر، لا يفتيه، فإنه لا يؤمن وقوعه على محظور منها، ويزن بمعارف الرجال كما وزن النبي - صلى الله عليه وسلم - الشاب والشيخ في سؤالهما عن القبلة في الصوم، فأمر الشيخ بجوازها، والشاب بالنهي عنها"⁵

4-مراعاة المآلات:

و أصل النظر المآلي ثابت في الشريعة من خلال استقراء نصوصها، يقول الإمام الشاطبي: "النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، مشروعا لمصلحة فيه تستجلب، أو لمفسدة تدرأ"⁶ ينظر

¹ قواعد الأحكام: العز بن عبد السلام، ت: 660هـ، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد: مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة- ط: 1414 هـ - 1991 م، ج1، ص88

² المستصفى: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، ت: 505هـ، تح: محمد عبد السلام عبد الشافي: دار الكتب العلمية ط: 1، 1413 هـ - 1993 م، ج1، ص174

³ السنة مصدر للمعرفة والحضارة: يوسف القرضاوي، دار الشروق، ط: 1998، ج2، ص288

⁴ إعلام الموقعين: ابن قيم الجوزية، ج4، ص157

⁵ الواضح في أصول الفقه: أبو الوفاء، علي بن عقيل، ت: 513هـ، تح: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي: مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان ط: 1، 1420 هـ - 1999 م، ج5، ص461

⁶ الموافقات: الشاطبي، ج5، ص177

إلى المصالح مآلاً من حيث أكثرها نفعاً وأقوفاً مردوداً من غيرها، لكبر نفعها واستمرار أثرها. والمفاسد بعكسها. النهي عن إقامة الحدود في وقت الحروب، فقد قال صلى الله عليه وسلم: «لا تقطع الأيدي في الغزو»¹ الحد فيه مصلحة لحفظ الدين وصيانة المجتمع، لكن إقامتها في الحرب قد يؤدي إلى مفسدة ارتداده ولحقه بصف الأعداء، أوحاجة المسلمين له في الجهاد، وعلل ابن القيم بالنظرة المآلية بقوله: "إما من حاجة المسلمين إليه أو من خوف ارتداده ولحقه بالكفار"²

المبحث الثاني: فهم السلف وأثره في ضبط قواعد علم الميزان

تمهيد: الناظر في نصوص الشريعة بحاجة إلى جملة من المقامات الكاشفة ينيخ عندها راحلته ويبنى خيمته، لمعانقة فهم الأوليين ودرك مسالكهم واقتناص قواعدهم، وهي كثيرة أهمها.

المطلب الأول: قاعدة الورع: هي قاعدة عظيمة يلجأ إليها لدفع شبهة وإزالة شك جائز التحوط من أجله عند الإلتباس على سبيل الإحتراز خشية الوقوع في محذور أو من تفويت واجب. ولها عدة تعاريف منها «ترك ما لا بأس به حذراً مما به بأس»³ و«الورع ترك ما يريب المكلف إلى ما لا يريبه»، قال وهو المعبر عنه بالاحتياط⁴، ومن المثل التي تعكس ذيول هذه التعاريف. قضائه عليه السلام لابن زمعة فيما جاء عن عائشة رضي الله عنها، قالت: إختصم سعد وابن زمعة، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بَنِ زَمْعَةَ، الْوَلَدُ لِلْفَرَّاشِ، وَاحْتَجِي مِنْهُ يَا سَوْدَةُ»⁵. الحكم في هذا المقام، تنازعه مباح ومحرم، فالمباح أنه أخوها ولد على فراش أبيها، وهذا سبب يبيح لها أن تكشف له و تراه ويراه ويخلو بها؛ لأنه محرم لها. والمحرم وجود الشبه القوي بعتبة بن أبي وقاص مما يدل على أنه ابنه بالشبه وهو أمانة قوية في حقوق النسب، وبهذا الإعتبار هو أجني عن سودة فتحتجب منه، فالنبي صلى الله عليه وسلم راعى فيه جهة الصلاح حفظاً للأنساب. وراعى جهة الفساد فأمر بالاحتجاب تورعاً واحتياطاً.

المطلب الثاني: قاعدة رعي الخلاف، أي الأخذ بلازم دليل الخصم .

وهو مقام عظيم بنى عليه الإمام مالك بعض المسائل في مختلف الأبواب الفقهية، ميزته الحفاظ على النسيج الفقهي مع المذاهب الأخرى، أبرزه المالكية في مصنفاتهم كأصل يعتمد عليه في بيان الأحكام. عرفه ابن عرفة: بأنه "إعمال دليل في لازم مدلوله الذي أُعْمِلَ في نقيضه دليل آخر"⁶. ويظهر جلياً إعمال هذه القاعدة في باب النكاح وخاصة في صريح الشغار وهو: "خلو البضع من الصداق"⁷ فدليل الإمام مالك دل على النهي عن نكاح الشغار، ولازم دليل النهي هو فسخ العقد،

¹ سنن الترمذي: محمد بن عيسى، الترمذي، ج4، ص53، السنن الكبرى: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب، النسائي، ج7، ص42

² إعلام الموقعين عن رب العالمين: ابن قيم الجوزية، ج3، ص14

³ الفروق أو أنوار البروق في أنواء البروق: القرافي، ج4، ص368

⁴ قواعد الأحكام: العز بن عبد السلام، ج2، ص8.

⁵ صحيح البخاري: محمد بن إسماعيل البخاري، ج1، ص1422، ج1، ص165

⁶ الهداية الكافية الشافعية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية: محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرصاع التونسي المالكي، ت: 894هـ: المكتبة

العلمية ط: 1، 1350هـ، ج1، ص177

⁷ المصدر السابق: الهداية الكافية الشافعية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية: ج1، ص175

قبل وبعد الدخول ولازم مدلوله هو عدم التوارث ولازم دليل أبي حنيفة صحة العقد ولازم مدلوله وقوع التوارث، ونشر الحرمة فأعمل مالك لازم دليله، وقضى بفسخ العقد، وأعمل لازم مدلول خصمه، وقضى بالتوارث ونشر الحرمة¹. وفي هذه موازنة بين المنافع والمضار المتعلقة بالأولاد، فلو أعمل المالكية مذهبهم بإطلاق لضاعف الحقوق ورجحت كفة المضار ولكن بعد إعادة النظر والموازنة بين كفتي المصالح والمفاسد عدل المالكية إلى الأخذ بلازم دليل الحنفية في إلحاق النسب والقضاء بالتوارث، مرعاة للمصالح التي لا تقوى على مناهضتها للمفاسد.

المطلب الثالث: قاعدة سد الذرائع: لقاعدة السد أثر كبير في حفظ كليات الشريعة وأصولها وهو مناط يتعلق فيه الناظر إلى الأحكام ومقاصدها بالوسيلة اعتبارا أو إلغاء، ولما كان المعتبر غير مقصود في هذا الموطن نكتفي بما حظه الإلغاء فينظر إليه من جهتين، إما أن الوسيلة غير معتبرة قد تؤدي إلى غاية معتبرة، أو أنها معتبرة تؤدي إلى غاية غير معتبرة، فالسد أكد فيهما. وللفصل ينبغي الوقوف عند حدود هذا الأخير حيث يطلق ويراد بها ، في اللغة: بناء حاجز بين شيئين، وتأتي بمعنى الإغلاق، يقال سد الشيء أي أغلقه ومنعه. و الذريعة لغة: السبب أو الوسيلة المفضية إلى شيء ما، وجمعها الذرائع².

وفي الإصطلاح له عدة تعاريف من أهمها، ما عرفه القرافي بأنه: "حسم مادة وسائل الفساد دفعا"³ والإمام الباجي: "حسم مادة الفساد بقطع وسائله"⁴. ويظهر أثر هذا القاعدة في حفظها لكليتي العرض والنسل من خلال تقنين توثيق عقود الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري. فقد أوجب المشرع الجزائري. على المتزوجين توثيق عقد الزواج لحفظ المصالح العامة والخاصة للزوجين.. سدا لداعية الإحتكام إلى الزواج العربي الذي ترتبت عليه أضرار ومفاسد عظمى، لا تكبح جماحها إلى بالتوثيق. وقبل الحديث عن مفاسده نذكر تعريفا له إذ يقصد به "عقد الزواج غير الموثق بوثيقة رسمية، سواء كان مكتوبا أو غير مكتوب."⁵

وهو بهذا التوصيف زواج مستوفٍ لأركانه وشروطه، إلا أنه غير موثق بوثيقة رسمية صادرة من الجهات المختصة المخولة قانونا من طرف الدولة. فالقانون سمح للمتزوجين عرفيا بتثبيت زواجهم لاحقا. أمام الجهات الرسمية و الحصول على الدفتر العائلي و يتم تثبيته عن طريق المحكمة. فقد نصت المادة 22 من ق،أ على ما يلي « في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي ،يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة »⁶. شرع التوثيق حفظا للحقوق عند الوقوع دفعا للمفاسد . والسد والترك معتبر فيه قبل الوقوع كيف ولهذه القاعدة دور فعال في صيانة الأعراض والأنساب. يمكن تفصيلها في النقاط الآتية.

¹ نفس المصدر: ج1، ص179

² لسان العرب: ابن منظور، ج3، ص207 والموسوعة الفقهية: وزارة الوفاق الكويتية، ط:1، 1404 - 1427 هـ، ص28، ص238

³ الفروق: القرافي، ج2، ص 61

⁴ الإشارة في أصول الفقه، سليمان بن خلف الباجي، ، تح: محمد إسماعيل، ط:1، 1424 هـ - 2003 م. ص 192

⁵ مجلة البحوث الفقهية، العدد 36 السنة 9، 1418هـ، 1998، ص97م

⁶ عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر.15.ص.20) حررت في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984

- كبح جماح الذين يتخذون الزواج لقضاء شهوة عابرة، مستغلين حاجة الفتاة للمال، أو تأخر زوجها. دون مراعاة مقاصد الزواج وتبعاته.
- التحايل على القوانين لعدم التصريح بالزواج، وبالتالي الإستمرار في الحضانة والإستفادة من النفقة والمعاش، وهذا ينافي الأمانة ويخالف القانون .
- ضياع حقوق الأبناء والزوجة أمام القضاء، لعدم حصولها على وثائق تثبت دعواها في الميراث والنسب بعد فقد الأب. وقد تبقى معلقة إذا غاب زوجها أو جن قبل أن يطلقها.
- كثرة الزواج والطلاق السري دون علم الأولياء وبعيدا عن نظر القانون، مما ينجر عنه التلاعب بأعراض الفتيات والتهرب من تبعات هذه التصرفات، الناجمة عن عدم التوثيق.
- رفض الزوج الإنجاب منها خشية علم زوجته الأولى فيضيع حقها في الأمومة. مما يؤثر سلبا على نفسية المرأة، و تشعر أنها أقل شأنًا وقيمة ممن لها وثيقة رسمية.
- منافاته لمقاصد الشريعة في قيام نظام إجتماعي متكامل، يؤدي وظيفة التعارف والتواصل والتقارب، وإيجاد السكينة والمودة.

المبحث الثالث: الفقه القضائي ضبطا وتنزيلا

تمهيد: نتناول في هذا المبحث الحقيقة اللغوية والإصطلاحية للفقه القضائي مع ذكر أهميته في الفقه الاسلامي ثم نمثل له بتطبيقه على الخلع الجبري من خلال استثمار قولعد ومسالك علم الميزان.

المطلب الأول: حقيقة الفقه القضائي

الفقه القضائي مركب إضافي من لفظين، فقه وقضاء، نبدأ بتعريف مفردات المركب، ثم نخرج على التعريف الإجمالي للمركب. الفقه لغة: بالكسر يطلق ويراد به: "العلم بالشئ والفهم له، والفطنة"¹. في الإصطلاح : فعرف بأنه " هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية"²

و القضاء يطلق ويراد به في لغة العرب عدة معاني. قال ابن فارس: القاف والضاد والحرف المعتل أصل صحيح يدل على إحكام أمر وإتقانه وإنفاذه لجهته³. وقال في النهاية: القضاء في اللغة على وجوه مرجعها إلى انقطاع الشئ وتمامه⁴، ويتبين مما تقدم أن معنى القضاء في اللغة هو إحكام الشئ وإتمام الأمر، وهذا هو أصل معنى

¹ القاموس المحيط: الفيروز آبادي، ج1، ص1250

² التعريفات: الجرجاني، ت: 816هـ، تح: جماعة من العلماء: دار الكتب العلمية بيروت - لبنان - ط: 1، 1403هـ - 1983م، ج1، ص168

³ معجم مقاييس اللغة، ح5، ص99

النهاية في غريب الحديث والأثر: ابن الأثير، ت: 606هـ، تح: طاهر أحمد الزاوي - محمود محمد الطناحي: المكتبة العلمية - بيروت، 1399هـ -

1979م، ج4، ص84

القضاء، وإليه ترجع جميع معاني القضاء الواردة في اللغة. ومنها: الأمر، الحكم، والأداء، والفراغ، والإتمام، والإعلام ، الموت¹

وللقضاء في الإصطلاح عدة تعاريف من بينها "الإخبار عن حُكم شرعي على سبيل الإلزام"² وأيضاً: "هو سلطة الفصل بين المتخاصمين وحماية الحقوق العامة، بالأحكام الشرعية"³. ويمكن نضع له تعريفاً جامعاً مانعاً بأنه هي السلطة المختصة بتطبيق القانون على وجه الإلزام لقطع النزاع وفض الخصام وصيانة الحقوق بين الأفراد أو بينها وبين المؤسسات وفق أحكام الشرعية.

أما الفقه القضائي: عرف بأنه "استفراغ القاضي وسعه في درك الأحكام الشرعية وتنزيلها على الواقع تنزيلاً محكماً يفضي إلى الفصل بين المتنازعين وصيانة الحقوق العامة"⁴ ويتردد الفقه القضائي بين تطبيق المواد القانونية المقننة أو استنباط الأحكام عند انعدام النص. وهذا ما أشار إليه الدكتور محمد سلام مذكور بقوله هو: "المسلك الذي يتبعه القضاة في أحكامهم سواء منها ما يتعلق بنصوص القانون، أم باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم النص"⁵

المطلب الثاني: أهمية القضاء في الفقه الاسلامي

القضاء من أهم الولايات شأناً وأعظمها أثراً وأعلاها مرتبة فهو يحقق أهدافاً سامية وغايات نبيلة، قال ابن القيم: "الله سبحانه أعلم وأحكم، وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة، وأبين أمانة، فأى طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين، وليست مخالفة له"⁶. ونظراً لتباين طبائع البشر واختلاف أفهامهم وجنوح بعضهم للظلم والعدوان، كان لزاماً من إقامة العدل واستنباط الأمن . بإنشاء هيئة قضائية تحفظ الحقوق وتهدف إلى حماية المصالح العامة، وتفصل في المنازعات وتأخذ على يد الجناة، وتتجلى أهمية القضاء في تحقيق العدل والنظر في الخصومات من خلال الاجتهاد والتخصص القضائي والتكوين النوعي لسلك القضاة، والتركيز على التعمق في دراسة عادات وتقاليد المجتمع، وهو ما دل عليه كتاب عمر إلى أبي موسى الأشعري: "لا يمنعك قضاء قضيت به بالأمس راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك، أن تراجع الحق فإن الحق قديم

¹ لسان العرب: ابن منظور الأنصاري، ج15، ص186 الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية، : أبو نصر إسماعيل الجوهري الفارابي، ت: 393هـ، تح: أحمد عبد الغفور عطار: دار العلم للملايين - بيروت - ط: 4، 1407 هـ - 1987 م، 187. القاموس المحيط، 3، ص641 تهذيب اللغة، ج9، ص169.

² تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: إبراهيم بن علي ، ابن فرحون ، ت: 799 هـ: مكتبة الكليات الأزهرية ط: 1، 1406 هـ - 1986 م، ص11

³ التنظيم القضائي في الفقه الاسلامي: محمد الزحيلي، دار الفكر ، دمشق - سوريا - ط: 2002، ص2، 63

⁴ الاجتهاد القضائي المعاصر: القطب الريسوني، دار ابن حزم ، 2007، ص11

⁵ مناهج الاجتهاد في الاسلام: محمد سلام مذكور، جامعة الكويت ، 1339 هـ - 1973 م، ج2، ص338

⁶ الطرق الحكمية: ابن قيم الجوزية، ت: 751 هـ، مكتبة دار البيان، ج1، ص13

ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل، اعرف الأمثال والأشباه ثم قس الأمور، عند ذلك فاعمد إلى أحبها عند الله وأشبهها بالحق"¹.

المطلب الثالث: نماذج تطبيقية

بعد ما تعرضت الدراسة لتحديد مضمون علم الميزان والفقه القضائي وبيان وأهميتهما نشرع في التطبيق العملي لقواعد علم الميزان في مسألة الخلع القضائي مع بيان مستنده الفقهي والقانوني، ثم الموازنة من خلال الكشف عن المصالح والمفاسد المترتبة عليه .

حقيقة الخلع في الفقه الإسلامي

الْخُلْعُ لُغَةً: هُوَ النَّزْعُ وَالْإِزَالَةُ، وَاخْتُصَّ فِي إِزَالَةِ الزَّوْجِيَّةِ بِالضَّمِّ²

أما في الإصطلاح: عرفه الأحناف بأنه: "إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها، بلفظ الخلع أو ما في معناه"³ وعند المالكية: "طلاق بعوض و قيل هو الطلاق بعوض و لو من غير الزوجة ، أو بلفظ الخلع"⁴. وعند الشافعية: "فرقة بين الزوجين بعوض راجع لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع"⁵ وعند الحنابلة: "فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه منها أو من غيرها، بألفاظ مخصوصة"⁶. كل التعاريف مقيدة بلفظ العوض وهو ما يفيد بأن الخلع طلب المرأة الطلاق من زوجها مقابل ما تبذله له من مال.

واختلف أهل العلم في تحديد طبيعة الخلع فذهب جمهور الحنفية⁷ المالكية⁸ والصحيح من قول الشافعية⁹ أن الخلع طلاق، وذهب الحنابلة¹⁰ في إحدى الروايتين أنه فسخ. وثمرة الخلاف أنه إذا اعتبر فسخاً فلا يحسب في عدد الطلاقات وليس على المختلعة عدة بل تستبرئ بحيضة، وأما إذا اعتبر طلاق فتحسب طليقة وتعد عدة الطلاق¹¹.

¹ القضاء في الإسلام: أحمد الزحيلي، دار الفكر - دمشق، 1990، ج 1، ص 4

² المحكم والمحيط الأعظم: بن سيده المرسى، ت: 458هـ تح: عبد الحميد هنداوي: دار الكتب العلمية - بيروت - ط: 1، 1421 هـ - 2000 م، ج 1، ص 139.، و لسان العرب، لابن منظور ج 8، 76، المصباح المنير: أحمد الفيومي ، ت: نحو 770هـ: المكتبة العلمية - بيروت، ج 1، ص 178

³ البحر الرائق شرح كنز الدقائق: نجم المصري، ت: 970هـ: دار الكتاب الإسلامي، ط: 2 - بدون تاريخ، ج 4، ص 77

⁴ الشرح الكبير على مختصر خليل الدردير أبو البركات، المكتبة التجارية، بيروت، ج 3، ص 3347.

⁵ السراج الوهاج على متن المنهاج: الغمراوي: محمد الزهري، بيروت - لبنان، دار المعرفة، ج 1، ص 401

⁶ كشاف القناع عن متن الامتناع: البهوتي منصور بن يونس، عالم الكتب، بيروت، 1981م، ج 5، ص 212

⁷ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، ت: 587هـ: دار الكتب العلمية، ط: 2، 1406 هـ - 1986م، ج 1، ص 151

⁸ الكافي في فقه أهل المدينة: بن عبد البر بن ، ت: 463هـ، تح: محمد محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني: مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، السعودية، ط: 2، 1400هـ - 1980م، ج 2، ص 593

⁹ الحاوي الكبير : أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، ت: 450هـ، تح: الشيخ علي محمد معوض: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان ط: 1، 1419 هـ - 1999 م، 10، ص 10

¹⁰ المغني: أبو محمد ابن قدامة المقدسي، ت: 620هـ، مكتبة القاهرة: بدون طبعة، ج 7، ص 338

¹¹ نفس المصدر الحاوي الكبير: للماوردي، ج 10، ص 10

التكييف الفقهي والقانوني لمصطلح الخلع

أولاً: التكييف الفقهي للخلع:

ذهب الجمهور إلى اشتراط رضى الزوج في إيقاع الخلع ولا يجبر على قبوله. بل يستحب له تلبية طلبها. قال البهوتي: "وتسن إجابتها أي الزوجة إذا سأله الخلع على عوض"¹، وقال ابن تيمية عن من أكرهت زوجها على الخلع: "و إن كان أكره بالضرب أو الحبس وهو محسن لعشرتها حتى فارقها لم تقع الفرقة، بل إذا أبغضته و هو محسن إليها. فإنه يطلب منه الفرقة من غير أن يلزم بذلك، فإن فعل و إلا أمرت المرأة بالصبر عليه إذا لم يكن ما يبيح الفسخ"². رغم أن المالكية جعلوا الخلع حق لها إلا أنهم قيدوه بشرط الإصلاح بينهما فيعتبر هذا الحق مقيد . قال مالك: " فإذا بلغا ذلك بعث الوالي رجلا من أهلها ورجلا من أهله عدلين فنظرا في أمرهما واجتهدا، فإن استطاع الصلح أصلحا بينهما وإلا فرقا بينهما"³. والحاصل أن جمهور الفقهاء اعتبروا الخلع عقدا رضائيا بين الزوجين وليس بإرادة منفردة من الزوجة ولا يجبر الزوج من طرف القاضي.

ثانيا: التوصيف القانوني للخلع:

عرفه القرار 206239 بأنه: "رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه"⁴ من خلال هذا التعريف نظر المشرع الجزائري للخلع على أساس أنه رخصة تستعملها وقت الحاجة وليس حقا لها . كما اعتبر قانون الأسرة الجزائري الخلع في البداية عقد رضائي باتفاق الزوجين، مسائرا لمذهب الجمهور في اشتراط رضا الزوج. جاء في القرار الصادر بتاريخ 88.11.21: " من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وأن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج"⁵ ثم غير إجتهاده في القرار القضائي المؤرخ في 1994. 04.19: "أن الخلع يحكم به القاضي دون اشتراط رضا الزوج"⁶ وهذا الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي ثم أتت المادة 54 من ق.أ بموجب لأمر 02/05- لتحسم الأمر: " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي"⁷. فأصبح الخلع حقا إراديا خالصا للزوجة لا ينازعها الزوج، إذا رغبت في الجنوح لفك الرابطة الزوجية، ولم يقيد حريتها بأي إجراء يضمن ممارستها له دون أي تعسف.

1 ملامح علم الميزان في الخلع القضائي الجبري

¹دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات: منصور بن يونس البهوتي ، ت: 1051هـ، عالم الكتب ط: 1، 1414هـ - 1993م، ج3، ص53

²مجموع الفتاوى: إ بن تيمية، ج 23، ص238

³المدونة: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، ت: 179هـ: دار الكتب العلمية ط: 1، 1415هـ - 1994م، ج2، ص267

⁴القرار رقم 216239 المؤرخ في 16/03/1999، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، العدد الخاص، سنة 2001، ص141، 138

⁵ينظر: قرار، المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1988/11/21، ملف رقم. 51728، المجلة القضائية، ع. 3، 1990، ص. 72

⁶قرار، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1994/04/19، ملف رقم. 103793، النشرة القضائية، ع. 51، 1997، ص. 96

⁷القانون 11/84، مؤرخة في 09/06/1984، المتضمن قانون الأسرة ، ج.ر، ع. 24، المؤرخة في 12/06/1984، المعدل والمتمم بالأمر 02/05، المؤرخ في 27/02/2005، ج.ر، ع. 15، المؤرخة في 27/02/2005.

أ-المصالح المترتبة على الخلع القضائي الجبري .

- تخليص الزوجة من زوج تكرهه ولا تستطيع البقاء معه، على وجه لا يراجعها إلا برضاها.
- حق الزوجة في إنهاء الحياة الزوجية، إذا كرهت زوجها لوجود ممانع شرعي يمنع استمرار الحياة الزوجية. وخافت ألا تقيم حدود الله فتكون عاصية لأمره.
- الخلع ينصف المرأة ويعطيها حقوقها ممن يرفض طلاقها ويريد أن يتركها كالمعلقة
- سهولة إجراءات الخلع وسرعته مع احتفاظها بكامل حقوقها، خاصة الأبناء والحضانة والنفقة عكس التطبيق الذي يستغرق وقتا طويلا.

ب-المفاسد المترتبة على الخلع القضائي الجبري.

- هدم الأسرة وتفكيك كيائها مما ينتج عنه آثار سلبية على الأبناء في مراحل العمر المختلفة.
- نظرة المجتمع تلاحق المخلوع، إذا خلعت من غير مبرر، إما لتتزوج غيره أو تستقل بنفسها .
- مسارعته للخلع باعتباره منفذا عند اكتشاف خيانتها لزوجها عبر وسائل التواصل قد تعتبر فيها المرأة ضحية أو جانية
- بات الخلع موضحة منتشرة ويقع من غير مبرر، فقط توفر إرادة الزوجة ورغبتها
- شجع المرأة على العصيان وخروجها عن طاعة زوجها في إبداء حريتها وإلا هددته بالخلع.
- إستقلالية الذمة المالية للمرأة وتحررها أصبحت ترى الزوج يحد من حريتها وتصرفاتها.

ج-المناهج المستخلصة.

- رعي المناسبات في تجويز الجائز ومنع الممنوع بإطلاق هذا من جهة، ومن جهة أخرى الأخذ بما استثنى في اعتبار الممنوع ومنع الجائز، كل ذلك مراعاة لجلب الصلاح ودرء الفساد.
- الوسطية في تفعيل مقتضيات الدليل من غير افراط ولا تفريط، حيث يعتبر الخلع حق للزوجة باعتبار، وللزوج باعتبار آخر.
- مراعاة وصف الفطرة في المحافظة على قوامه الرجل، وصيانة كرامة المرأة، وفق أصول وأعراف ألفها المجتمع.
- وصف الرحمة وعدم النكايه، الذي يتجلى معهما مقصد المودة، والسكينة بين الزوجين .
- رعي حظوظ المكلفين بمنعهم من حظوظهم، ويظهر ذلك في مسألتي الطلاق الذي يحد من تطاول الزوجة، والخلع الذي يمنع تعسف الزوج.

خلاصة التحقيق:

بعد عرضنا للخلع الجبري وما يترتب عليه من مصالح ومفاسد نخلص إلى مايلي:

- الخلع حكم من أحكام الشريعة وحق مكفول للمرأة المتضررة ،لا ينبغي التوسع فيه لغير حاجة ماسة، كالشقاق والنزاع والنفرة المستعصية أو عجز الزوج وغيابه فتستحيل عشتها معه. وأما سؤالها الخلع بغير موجب مخالف للشريعة وبالتالي لا يستجاب لها، قال عليه السلام: "أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس حرم الله عليها رائحة الجنة"¹

¹مسند الإمام أحمد بن حنبل: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: 241هـ
تح: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون: مؤسسة الرسالة، ط: 1، 1421 هـ - 2001 م، ج، 37، ص62

وقال أيضا: «المختلعات هن المنافقات»¹. وأجيب عن قوله عليه السلام لثابت : «أقبل الحديقة وطلقها تطليقة»، بأنه أمر إصلاح وإرشاد ، وليس أمر إيجاب². وإن سلمنا أنه على سبيل الوجوب فقد وردت صيغ لحديث زوجة ثابت أنه كان هنالك سبب للطلاق. كما ذكره القرطبي: "فكان حكم النبي صلى الله عليه وسلم تطبيقا للعدالة ودفعاً للضرر لللاحق بالمرأة. عن عائشة: " أن حبيبة بنت سهل كانت عند ثابت بن قيس بن شماس فضربها، فكسر بعضها"³ الخلع القضائي لم يكن موجودا في قانون الأسرة الجزائري وإنما جاء استجابة لضغط الجمعيات النسوية والمنظمات الدولية كاتفاقية سيدوا ووثيقة بكين⁴. وهو معتبر لو ألحق بالوصف التشريعي الكلي ولا حرج في تطبيقه، ولكن لما أفرط في الإحتكام إليه دون مراعاة حق الزوج في الموافقة والرضى، ومن غير إعطاء فرصة كافية للإصلاح، تحتم إعادة النظر في حيثياته. بما ينسجم ومقتضيات واقع المعهود الشرعي والعرفي كيف وقد أعطت مواد الشقاق والنزاع الزوجة حق المطالبة بالطلاق في حال ردة الزوج أو عجزه واستحالة العشرة معه.

-التقليل من الفساد الواقع تجعل للحاكم الحق في أن يمنع الخلع الجبري، حفاظا على كيان الأسرة وتربطها كما منع عمر الصحابة من الزواج بالكتابات، ترغيبا لهم في النساء المسلمات والحد من كبج العنوسة المتوقعة.

-إعطاء القاضي صلاحيات واسعة قبل إبرام الخلع ،والتي تتجلى في توسيعه لدائرة الإصلاح بين الزوجين، ليشمل تفعيل دور الحكّمين ..

خاتمة

بعد عرضنا لمسألة الخلع القضائي، وبيان درجة الإصلاح والفساد المتوقعة منه، نختتمها بأهم النتائج والاقتراحات التي توصل إليها الباحث ملخصها كالآتي:

أولا: النتائج

-علم الميزان مورد مقاصدي في الأخذ والرد لأنه مبني على جلب الإصلاح ودفع الفساد واتجاه أصولي إذ يعتبر مسلك من مسالك الترجيح والتنزيل عند ذوي العقول السليمة.

-إعمال علم الميزان مستند أرباب الصنعة قصد الإنتهاء إلى حكم يوافق روح الشريعة، مع مراعاة فقه الواقع من حيث النظر في المآلات.

-دراسة علم الميزان ضرورة تملبها عمومات الشريعة وظواهر الأحكام، واختلاف الأماكن والأزمان والأعراف، والأحوال .

-علم الميزان من أهم الأصول الشرعية التي تعصم اجتهاد القاضي، في صدور أحكام تتسم بالدقة والصواب.

¹ سنن الترمذي: الترمذي، أبو عيسى، ت: 279هـ، تح: بشار عواد معروف: دار الغرب الإسلامي - بيروت-1998م، ج2، ص483، قال أبو عيسى هذا حديث غريب من هذا الوجه، وليس إسناده بالقوي، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «أما امرأة اختلعت من زوجها من غير بأس لم ترح رائحة الجنة». قال الألباني: صحيح

²فتح الباري شرح صحيح البخاري: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، دار المعرفة - بيروت-1379، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، ج9، ص400

³ الجامع لأحكام القرآن: أبو عبد الله شمس الدين القرطبي، ت: 671هـ، تح: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش: دار الكتب المصرية - القاهرة، ط: 2، 1384هـ - 1964م، ج3، ص140

⁴ مجلة الدراسات الإسلامية معاملة اتفاقية سيداو في قانون الأسرة الجزائري: يوسف نور الدين ودمانة محمد ،العدد8، جانفي2017

-الخلع الجبري من الإجتهد المختلف فيه بين الفقهاء، لذا لا بد من إخضاعه للميزان الشرعي عند فساد الزمان، وتدني الأخلاق، وضعف الوازع الديني .

ثانياً: الإقتراحات

-إعادة النظر في إعطاء صلاحيات واسعة للقاضي قبل إبرام الخلع، مع توسيعه لدائرة الإصلاح ، ليشمل تفعيل دور الحكّمين.

-العناية بهذا العلم وبيان قواعده ومسالكه ضبطاً وتنزيلاً لارتباطه بواقع الناس ونوازلهم ومستجداتهم.

-يلتمس من الباحثين تقنين قواعد ونظريات علم الميزان ليسهل على الطلبة الإستعانة بها في البحوث والرسائل الأكاديمية. والله من وراء القصد وعليه التكلان.

قائمة المراجع:

- الاجتهاد القضائي المعاصر: القطب الريسوني، دار ابن حزم، 2007.
- أساس البلاغة: أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله (المتوفى: 538هـ، تح: محمد باسل عيون السود: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان ط: 1، 1419 هـ - 1998 م.
- الإشارة في أصول الفقه: الباجي، ، تح: محمد إسماعيل، ط: 1، 1424 هـ - 2003
- إعلام الموقعين عن رب العالمين: الدين ابن قيم الجوزية، تحقيق محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية- بيروت- ط: 1، 1411 هـ-1991 م.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، ت: 970 هـ: دار الكتاب الإسلامي، ط: 2
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين الكاساني الحنفي، ت: 587 هـ: دار الكتب العلمية، ط: 2، 1406 هـ - 1986 م.
- البقرة: الآية، 134
- تاج العروس: الزبيدي، ت: 1205 هـ، تح: عبد الكريم العزباوي، دار الهداية - الكويت - ط: 1، 1422 هـ - 2001.
- تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام: ابن فرحون، برهان الدين اليعمري، ت: 799 هـ: مكتبة الكليات الأزهرية ط: 1، 1406 هـ - 1986 م
- التعريفات: الجرجاني (المتوفى: 816 هـ، تح: جماعة من العلماء بإشراف الناشر: دار الكتب العلمية بيروت - لبنان - ط: 1، 1403 هـ - 1983 م.
- التنظيم القضائي في الفقه الاسلامي: محمد الزحيلي، دار الفكر، دمشق - سوريا - ط: 2، 2002.

- تهذيب اللغة: محمد بن أحمد بن الأزهرى الهروي، أبو منصور، ت: 370هـ، تح: محمد عوض مرعب: دار إحياء التراث العربي - بيروت ط: 1، 2001م.
- الجامع لأحكام القرآن: أبو عبد الله القرطبي: ت: 671هـ، تح: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش: دار الكتب المصرية - القاهرة، ط: 2، 1384هـ - 1964م.
- جمع أمثال العرب، أبو الفضل أحمد بن محمد النيسابوري، تح: محمد حمي الدين عبد الحميد، دار المعرفة- بيروت - لبنان.
- الحاوي الكبير : أبو الحسن الماوردي، ت: 450هـ، تح: الشيخ علي محمد معوض: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان ط: 1، 1419 هـ - 1999م.
- دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات: البهوتي ، ت: 1051هـ، عالم الكتب ط: 1، 1414هـ - 1993م.
- السراج الوهاج على متن المنهاج: الغمراوي، بيروت-لبنان، دار المعرفة.
- السنة مصدر للمعرفة والحضارة: يوسف القرضاوي ،دار الشروق، ط: 1998، 2م.
- سنن الترمذي: أبو عيسى، ت: 279هـ، تح: بشار عواد معروف: دار الغرب الإسلامي - بيروت-1998م
- الشرح الكبير على مختصر خليل الدردير أبو البركات ،المكتبة التجارية،بيروت.
- الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية : أبو نصرالجهوري الفارابي، ت: 393هـ، تح: أحمد عطار: دار العلم للملايين - بيروت - ط: 4، 1407 هـ - 1987 م.
- فتح الباري: بن حجر ، تح: محب الدين الخطيب، دار المعرفة - بيروت-1379
- الفروق: القرافي، تح: خليل المنصور، بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ.
- فقه الاولويات السياسية والاقتصادية: نهاد اسحاق: دار ابن عباس، ط: 1430 هـ.
- فقه الموازنات في الشريعة الإسلامية، عبد المجيد السوسوة، دار القلم: دبي، ط: 1، 1425هـ
- القاصد على متن علم المقاصد: الأخضر الأخضر، مكتبة الرشاد للطباعة -الجزائر
- القاموس المحيط، الفيروزآبادي، تح: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة ، بيروت - لبنان- ط: 8، 1426 هـ - 2005
- القانون 11/84 ، مؤرخة في 1984/06/09 ، المتضمن قانون الأسرة ، ج.ر.ع. 24 ، المؤرخة في 1984/06/12، المعدل والمتمم بالأمر 02/05، المؤرخ في 2005/02/27 ، ج.ر.ع. 15 ، المؤرخة في 2005/02/27.
- القراررقم 216239 المؤرخ في 1999/03/16، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، العدد الخاص، سنة 2001، ص 141، 138

- قرار، المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1988/11/21، ملف رقم.51728، المجلة القضائية، ع.3، 1990.
- قرار، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1994/04/19، ملف رقم.103793، النشرة القضائية، ع.51، 1997.
- القضاء في الإسلام: حمد الزحيلي، دار الفكر - دمشق، 1990
- قواعد الأحكام: العز بن عبد السلام، ت: 660هـ، تح: طه عبد الرؤوف سعد: مكتبة الكليات الأزهرية - القاهرة، ط: 1414 هـ - 1991 م.
- الكافي في فقه أهل المدينة: بن عبد البر بن، ت: 463هـ، تح: محمد أحمد ولد مادريك الموريتاني: مكتبة الرياض الحديثة - السعودية - ط: 2، 1400هـ - 1980م.
- كتاب العين: أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري، ت: 170هـ، تح: مهدي المخزومي، إبراهيم السامرائي: دار ومكتبة الهلال.
- كشف القناع عن متن الامتناع، البهوتي، عالم الكتب، بيروت، 1981م.
- لسان العرب: ابن منظور، ت: 711هـ، دار صادر، بيروت، ط: 3 - 1414 هـ.
- لموافقات، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغزنطي الشهير بالشاطي، تحقيق مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى 1417هـ/1997م.
- مجلة البحوث الفقهية، العدد 36 السنة 9، 1418هـ، 1998/97م
- مجلة الدراسات الإسلامية معالم اتفاقية سيداو في قانون الأسرة الجزائري: يوسف نور الدين ودمانة محمد، العدد 8، جانفي 2017
- مجموع الفتاوى: ابن تيمية، ت: 728هـ، تح: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية: 1416هـ/1995م
- المحكم والمحيط الأعظم: بن سيده المرسى، ت: 458هـ، تح: عبد الحميد هنداي: دار الكتب العلمية - بيروت - ط: 1، 1421 هـ - 2000
- المدونة: الإمام مالك: دار الكتب العلمية ط: 1، 1415هـ - 1994م.
- مسند الإمام أحمد بن حنبل: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل، ت: 241هـ، تح: شعيب الأرناؤوط وآخرون: مؤسسة الرسالة، ط: 1، 1421 هـ - 2001
- لمصباح المنير: أحمد الفيومي، ت: نحو 770هـ: المكتبة العلمية - بيروت.
- معجم مقاييس اللغة، بن فارس، تحق: محمد هارون، دارالفكر: 1399هـ - 1979م.
- المغني لابن قدامة: أبو محمد قدامة المقدسي، ت: 620هـ، مكتبة القاهرة:
- مفردات الفاظ القرآن، ص422

- مناهج الاجتهاد في الاسلام: محمد سلام مذكور، جامعة الكويت ، 1339هـ-1973م الطرق الحكمية: ابن قيم ، ت: 751هـ، مكتبة دار البيان.
- النهاية في غريب الحديث والأثر: ابن الأثير، ت: 606هـ، تح: طاهر أحمد الزاوي - محمود محمد الطناحي: المكتبة العلمية - بيروت، 1399هـ - 1979م
- الهداية الكافية الشافية: محمد الرصاع ، ت: 894هـ: المكتبة العلمية ط: 1، 1350هـ.
- الموسوعة الفقهية: وزارة الوقاف الكويتية، ط: 1، 1404 - 1427 هـ.
- المستصفى: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، ت: 505هـ، تح: محمد عبد السلام عبد الشافي: دار الكتب العلمية ط: 1، 1413هـ - 1993م، ج1، ص174
- الواضح في أصول الفقه: أبو الوفاء، علي بن عقيل ، ت: 513هـ، تح: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي: مؤسسة الرسالة ، بيروت - لبنان ط: 1، 1420 هـ - 1999 م.