

أثر أصول الفقه في الصياغة القانونية لمواد قانون الأسرة (الجزائري)

*The Influence of the Principles of Jurisprudence on the Legal Formulation of the Algerian Family Law Provisions*الأستاذ الدكتور جمال الديب، طالبة الدكتوراه ابتسام معزة¹كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، مخبر قانون الأسرة، الجزائر¹

i.maza@univ-alger.dz / d.dibjma@univ-alger.dr

الاستلام: 2024/09/21 القبول: 2024/09/23

Abstract: The research addresses the impact of the principles of Islamic jurisprudence (Usul al-Fiqh) on the legal formulation of the provisions of the Algerian Family Law from two perspectives: a jurisprudential one and a legal one, specifically focusing on family matters and their corresponding legal doctrines, which are among the most esteemed sciences in Islamic Sharia. It also demonstrates that, in utilizing jurisprudential terms in the drafting of certain articles of Family Law, the legislator preserved their jurisprudential meanings and did not deviate from them. Furthermore, these terms were not assigned meanings beyond their jurisprudential scope, whether in their general or specific contexts. Even in the few instances where the legislator appears to have deviated from established meanings, this deviation involved only certain well-known interpretations but did not contravene the broader context of the terms. This was done within the bounds of commendable *ijtihad* that does not stray from the accepted jurisprudential usage. The study emphasizes that the principles of Islamic jurisprudence are indispensable to the legislator in drafting legal provisions related to family law, as they aid in understanding and interpreting texts, classifying facts, and deriving rulings from detailed evidences. **keywords:** Legal phrasing, principals of jurisprudence , legislator ,principles, jurisprudence, jurisprudential terms ,legal rulings

ملخص: يتناول البحث مسألة أثر أصول الفقه في الصياغة القانونية لمواد قانون الأسرة الجزائري من زاويتين: زاوية أصولية، وأخرى قانونية من جهة الأسرة وفقهها، وهما علمان من أجل علوم الشريعة الإسلامية. ويبين أيضا أن المقتن في استعماله للمصطلحات الأصولية التي استعان بها في صياغة بعض مواد قانون الأسرة حافظ على مدلولاتها الأصولية ولم يخالفها، كما لم يحتلها ما لا يستوعبها المعنى الأصولي في إطاره العام أو الخاص. وحتى المصطلحات التي يظهر للدارس أنه خالفها - على قلتها-، يكون قد خالف فيها بعض المعاني والمدلولات المشهورة لكنه لم يخالف سياقها العام، وكان ذلك في إطار الاجتهاد المحمود الذي لا يخرج عن مألوف المصطلح أصوليا. وأكد البحث على أن علم أصول الفقه لا يستغني عنه المقتن في الصياغة القانونية لمواد قانون الأسرة، لأنه يعين على فهم النصوص وتفسيرها، وتكييف الوقائع واستنباط الأحكام من الأدلة التفصيلية.

الكلمات المفتاحية: الصياغة القانونية، أصول الفقه، المشرع، الأصول، الفقه، المصطلحات الأصولية، الأحكام الشرعية.

مقدمة المقال:

الحمد لله الذي شرع الأحكام وكلف بها الإنسان، وفرض الفرائض وألزم بها بأحسن بيان، ونهى عن كثير من النواهي بالسنة والقرآن، ووضح الأدلة والأحكام. والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فإن الصياغة القانونية لقانون الأسرة تعد فنا يجب أن يخوضه فنان محترف ضليع في قانون الأسرة، وأصول الفقه، والفقه المقارن، واللغة العربية، إلى غير ذلك من العلوم التي يحتاجها لوضع نصوص قانونية سليمة شكلا ومضمونا.

وقد لا يختلف علماء القانون أن من أهم العلوم التي يحتاجها المشرع الأسري، لتحديد بعض المصطلحات، وتوضيح كثير من المفاهيم ذات المرجعية الفقهية الأصولية، وحتى القانونية: علم أصول الفقه، لأنه العلم الذي يبين القواعد الأصولية والمناهج التي يتبعها الفقهاء في استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية.

كما أنه العلم الذي لا يستغني عنه المجتهد في بيان دلالات النصوص على الأحكام الشرعية، ولا القانوني في فهم الأحكام والنصوص القانونية حق الفهم، والاستدلال بها الاستدلال الصحيح، فتقوى بها مداركه القانونية والشرعية.

وقد لخص علماء الأصول أهميته وقيّمته وأثره على بقية العلوم وخصوصا الفقه والقانون في جملة واحدة: (إن من حرم الأصول حرم الوصول).

ونظرا لأهميته ومكانته التي لا تخفى على متخصص اخترناه موضوعا لمداخلتنا في الملتقى الدولي الثاني (الصياغة القانونية لأحكام الأحوال الشخصية)، مخبر قانون الأسرة، كلية الحقوق / جامعة الجزائر 1، بعنوان: (أثر أصول الفقه في الصياغة القانونية لمواد قانون الأسرة الجزائري)، هادفين إلى إبراز أهمية استعمال المقنن للمصطلحات الأصولية في الصياغة القانونية لمواد قانون الأسرة، ودلالاتها على أحكام الأحوال الشخصية.

كما هدفنا إلى بيان أثر عدم استعمال هذا المصطلح في غير موضعه الذي يجب أن يكون فيه، فقد يؤدي إلى وجود نصوص قانونية غامضة، أو معيبة شكلا ومضمونا، وبالتالي اختلاف في فهمها، وتفاوت في تفسيرها،

وعدم اتفاق في الأحكام المبنية عليها، ومن ثمة تتعارض فيما بينها، وهذا كله يؤثر على الأسرة واستقرارها، ولا شك أن الصياغة القانونية يجب أن تكون خالية من كل ذلك.

وبيّنا في الدراسة أن المقنن عند استعماله لهذه المصطلحات حافظ فيها على معانيها الأصولية، ودلالاتها على الأحكام الشرعية، ولم يخالفها، كما لم يحتفلها محاميل لا يستوعبها المعنى الأصولي في إطاره العام أو الخاص.

وأن المصطلحات التي يظهر للدارس أنه خالف معانيها - على قلتها -، يكون قد خالف فيها بعضا من معانيها ومدلولاتها المشهورة، دون مخالفة سياقها العام، وإن تم ذلك فتحت سقف الاجتهاد المحمود الذي لا يخرج عن مألوف المصطلح أصوليا.

وقد حاولنا في هذه الدراسة معالجة الإشكالية الآتية: مدى استعمال المشرع الجزائري للمصطلحات الأصولية في صياغة مواد قانون الأسرة.

كما أجبنا فيها على بعض أسئلتها الفرعية، والتي من أبرزها: هل استعمال المشرع لهذه المصطلحات كان بنفس معانيها ومضامينها الأصولية؟ أم أوردتها شكلا وخالفها معنى ومضمونا، مُحتملا إياها مفاهيم أخرى لا يحتملها المفهوم الأصولي، وما أثر ذلك على الصياغة القانونية والأحكام المستنبطة منها بعد ذلك؟

للإجابة على هذه الإشكالية وما تضمنته من الأسئلة الفرعية اقتضت طبيعة الموضوع عدم تقسيمه إلى مباحث، أو مطالب، أو فروع كما جرت عليه العادة، بل خالفنا فيه المجهود والمألوف في مثل هذه المداخلات، فسائرنا مواد قانون الأسرة مادة مادة وبحسب ترتيبها في القانون، وبحسب ورود المصطلح فيها أولا فأولا، وهكذا إلى آخر مصطلح استعمل.

وخلال دراستنا هذه اعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي عن طريق إحصاء وتحديد المصطلحات الأصولية الواردة في مواد قانون الأسرة، ومن ثمة تحليلها ودراسة المقصود منها قانونا والتعليق عليها.

كما اعتمدنا على المنهج المقارن وفيه تمت المقارنة بين استعمالات المصطلح أصوليا وقانونيا من حيث أوجه التشابه والاختلاف بينهما.

وتجدر الإشارة إلى أننا التزمنا في إعداد البحث بالمنهجية الآتية:

- 1- إحصاء المصطلحات الأصولية الواردة في مواد قانون الأسرة.
 - 2- ذكر تعريف مختصر للمصطلح عند الأصوليين.
 - 3- ذكر المواد التي ورد فيها استعمال المصطلح باسمه المعروف أو ما اشتق منه.
 - 4- المقارنة بين المعنى الذي استعمله فيه المشرع ومعناه الأصولي، وهل التزم فيه بالمعنى الأصولي أم خالفه لمعنى آخر، وما أثر ذلك على الأحكام المستنبطة من تلك المواد.
- أما الخاتمة فضمنها أهم نتائج البحث وتوصياته.

وختاماً فإننا نحمد الله تعالى الذي وفقنا للكتابة في هذا الموضوع، ونرجو أن نكون قد وفقنا في ذلك، ولا ندعي أننا أخطأناه من كل جوانبه، واستكملنا جميع مسأله، فالكمال لله وحده، ويكفيها أجر المحاولة.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

بعد القراءة المتأنية لمواد قانون الأسرة مادة بمادة، توصلنا إلى إحصاء المصطلحات الأصولية التي أوردها المشرع الجزائري في قانون الأسرة، وهي كما يلي:

- 1- **الحكم:** هو خطاب الشرع المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع⁽¹⁾. وعرفه جمهور الأصوليين بأنه: خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين، اقتضاء، أو تخييراً، أو وضعاً.

ومعنى الاقتضاء: الطلب، أي طلب الفعل، أو طلب الترك.

ومعنى التخيير: إطلاق الفعل للمكلف، فإن شاء فعل، وإن شاء ترك.

ومعنى الوضع: جعل الشيء سبباً لشيء آخر، أو شرطاً له، أو ركناً، أو علة، أو مانعاً.

في حين أن الحكم في عرف الفقهاء هو: الأثر المترتب على خطاب الشارع، كالواجب والحرام والمكروه والمباح⁽²⁾.

يستنتج من التعريف الأصولي للحكم أنه نوعان:

النوع الأول: الحكم التكليفي: وهو خطاب الله تعالى الذي يتعلق بأفعال المكلفين على سبيل الطلب أو الكف أو التخيير.

النوع الثاني: الحكم الوضعي: وهو خطاب الله تعالى الذي يقتضي جعل أمر سببا لأمر آخر، أو ركنا له، أو شرطا، أو علة، أو مانعا⁽³⁾.

أورد المشرع الجزائري مصطلح (الحكم) والألفاظ التي اشتقت منه في المواد (5، 22، 31، 48، 52-56، 57، 222) من قانون الأسرة، فقد ورد مثلا في المادة 5 أنه في حالة ما إذا ترتب ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين نتيجة العدول عن الخطبة جاز الحكم له بالتعويض.

وهذا بعينه ما يدل عليه المصطلح عند علماء الأصول.

كما جاء مصطلح (الحكم) في صيغة الجمع (أحكام) في المواد (31، 48، 49، 222)، وهي تحمل نفس دلالاته الأصولية أيضا.

2- **الركن:** ما يقوم به ذلك الشيء من النجوم. وقيل: ركن الشيء: ما يتم به، وهو داخل فيه⁽⁴⁾.

وقيل أيضا هو: ما لا وجود لذلك الشيء إلا به⁽⁵⁾؛ كالقيام في الصلاة.

أورد المشرع مصطلح الركن في المادة 6 ف2 عندما تناول مسألة اقتراح الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد وعد ذلك زواجا شرعيا إذا حصل ركن الرضا.

ونص عليه أيضا بنفس المدلول عند الأصوليين في المادة 09 تحت عنوان أركان الزواج.

3- **الشرط:** هو ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته⁽⁶⁾.

ويترتب على عدم الشرط عدم المشروط؛ كإحصان الذي هو سبب وجوب رجم الزاني، وينتفي الرجم لانتهائه، فلا يرمم إلا المحصن، وكالحول الذي هو شرط وجوب الزكاة ينتفي وجوبها بانتفائه⁽⁷⁾.

أورد المشرع مصطلح (الشرط) والألفاظ المشتقة منه في المواد (06، 09 مكرر، 19)، فاعتبرت المادة 06 مثلا أن اقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد يعد زواجا إذا توفر ركن الرضا وشروط الزواج، وعددت المادة 09 شروط الزواج بالتفصيل؛ كالأهلية، والصداق، والولي، والشهود، وانعدام الموانع الشرعية. وفي المواد الثلاث المشار إليها أبقى المشرع الشرط على معناه الأصولي ولم يحمله محملا آخر.

4- الأهلية: هي صلاحية الإنسان، لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه.

وهي نوعان:

أ- أهلية الوجوب: وهي صلاحية كل إنسان، أن تثبت له الحقوق، وتجب عليه الواجبات. وإن أساس هذه الأهلية الزمة؛ وهي صفة فطرية اختص الله بها الإنسان من بين أنواع الحيوان؛ وعلى ضوءها صار أهلا لما له وعليه، وهي ثابتة لكل إنسان.

ب- أهلية الأداء: وهي صلاحية المكلف للتصرف الشرعي، قولاً وفعلًا⁽⁸⁾. أو صلاحية الإنسان لأن يمارس التصرفات وتترتب عليها آثارها المعبرة شرعا. وهي مرتبطة بالإدراك والتمييز، وتنقسم إلى نوعين:

الأول: أهلية أداء ناقصة: وهي تؤهل من وجدت فيه لممارسة بعض التصرفات وتصح منه؛ كالعبادات من صلاة وصوم وحج، وهي تثبت للإنسان من سن التمييز إلى ما قبل البلوغ.

الثاني: أهلية أداء كاملة: وهي تؤهل من وجدت فيه لممارسة كل التصرفات الشرعية، وتترتب عليها آثارها المعبرة شرعا، ويتوجه إليه التكليف بكل وجوهه، وهي تثبت للإنسان ببلوغه عاقلًا راشداً.

وقد تعرض للإنسان بعد كمال أهليته أمور فتؤثر على صلاحيته للتكليف فتتقص من أهليته وربما أذهبتها، هذه الأمور تسمى بعوارض الأهلية.

والأهلية التي تتأثر بالعوارض إنما هي أهلية الأداء، أما أهلية الوجوب فلا تتأثر بها، لأنها مرتبطة بوجود الإنسان حقيقة وذلك بولادته حيا.

وعوارض الأهلية هذه نوعان:

أ- العوارض السببية: وهي التي تطرأ على الإنسان، وليس له فيها كسب ولا اختيار، وليس في قدرته تجنبها، كالحيض، والنفاس، والجنون، والنسيان، والعته... وغيرها.

ب- وعوارض مكتسبة: وهي أمور يكون للمكلف كسب فيها واختيار في حصولها: إما بمباشرة أسبابها، أو بالتقصير في إزالة أسبابها، وقد تكون من المكلف نفسه، وقد تكون من غيره، ومن هذه العوارض: الجهل، السكر، الهزل، السفه، الخطأ، والإكراه⁽⁹⁾،... الخ.

أورد المشرع الجزائري مصطلح (الأهلية) والألفاظ المشتقة منه في المواد: (07، 81، و86) من قانون الأسرة، فذكرت المادة 07/ف1 أن اكتمال أهلية الرجال والنساء في الزواج يكون ببلوغ 19 سنة كاملة، ويقصد بأهلية الرجل هنا: أهلية الأداء، وهي متوافقة مع المعنى الأصولي لهذا المصطلح ودلالته على معانيه وأحكامه الشرعية.

كما نصت المادة 81 على العوارض السببية فقط: كالجنون، والعته، والسفه، وصغر السن، وهي مشابهة لتلك التي ذكرها الأصوليون في كتبهم.

5- المصلحة: هي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضره⁽¹⁰⁾.

وقيل هي: المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق⁽¹¹⁾.

وعرفت أيضا بأنها: المسألة النافعة للناس، الضرورية لهم، والتي لم يرد عن الشارع اعتبار لها أو إلغاء بعينها، ولكن شهدت لها أصول الدين العامة⁽¹²⁾.

كما عرفت كذلك بأنها: جلب نفع ودفع ضرر، في حدود المحافظة على مقاصد الشريعة، وهذا هو المعنى المناسب للحكم.

وهي تنقسم بالنظر إلى شهادة الشرع لها بالاعتبار، أو عدمه إلى ثلاثة أقسام:

الأول: مصالح معتبرة، وهي المصالح التي قام الدليل الشرعي على رعايتها واعتبارها، وهي صالحة لأن يُعَلَّل بها ويُرتَّب الحكم عليها.

الثاني: مصالح ملغاة، وهي المصالح التي قام الدليل الشرعي على إهدارها وإلغائها، وهذا النوع لا يصح التعليل بها أو بناء الحكم عليها باتفاق العلماء.

الثالث: مصالح مرسلة، وهي المصالح المسكوت عنها شرعا، حيث لم يرد الدليل الشرعي عليها اعتبارا أو إلغاء، ولذلك سميت بالمصالح المرسلة، أي المطلقة عن دليل يدل على اعتبارها أو إلغائها⁽¹³⁾.

ورد مصطلح (المصلحة) والألفاظ المشتقة منه في المواد (07، 64، 84، 89، 90) من قانون الأسرة، فقد أجازت المادة 07 في فقرتها الأولى للقاضي أن يرخّص بالزواج لمن هم دون سن 19 سنة إذا كانت هناك مصلحة أو ضرورة؛ كمصلحة القاصر في الزواج لعدم تفويت كفاء، أو حفاظا على يتيمة وأموالها، وغيرها من الحالات التي تستدعي زواج القاصر رغم عدم استكمال السن المقررة قانونا.

وأشارت المادة 64 إلى أن ترتيب الأشخاص الأولى بحضانة الطفل يراعى فيهم مصلحة هذا المحضون.

ولم يخرج استعمال المصطلح (المصلحة) عن معناه الأصولي، لأن مصلحة المحضون تقتضي استثناءه مثلا من قاعدة السن القانوني للزواج لعدم تفويت مصلحة راجحة له في ذلك، وهذا هو مقصود المصلحة عند الأصوليين وهو جلب منفعة ودفع ضرر عنه، وأكد أنه الهدف الذي سيراغيه قاضي شؤون الأسرة في ترخيصه.

كما أن المشرع قد حافظ على نفس المقصد في مسألة مراعاة مصلحة المحضون في ترتيب الحاضنين له قانونا، على الرغم من أنه خالف الترتيب المشهور لفقهاء الشريعة لهؤلاء الحاضنين، وهو تقديم النساء على الرجال في الحضانة لأنهن أشفق وأرقق، وبها أليق، ولا شك أن مخالفته هذه بنيت على المصلحة من وجهة نظره، وهذا هو المطلوب، لأن مسألة الترتيب تبقى مسألة اجتهادية لها ما يبررها شرعا وقانونا.

وفي كل مواد قانون الأسرة التي ورد فيها مصطلح (المصلحة) المشار إليها أعلاه، نجد أن المشرع قد استعملها فيما هو أنفع للقاصر، وهذا هو المعنى المراعى في أصول الفقه.

6- **الضرورة:** هي بلوغه حدا إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب؛ كالمضطر للأكل واللبس بحيث لو بقي

جائعا، أو عريانا لمات، أو تلف منه عضو⁽¹⁴⁾.

وقيل: هي أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر، أو المشقة الشديدة؛ بحيث يخاف حدوث ضرر، أو أذى بالنفس، أو بالعضو، أو بالعرض، أو بالعقل، أو بالمال وتوابعها ويتعين أو يباح عندئذ ارتكاب الحرام، أو ترك الواجب أو تأخيره عن وقته دفعا للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشرع⁽¹⁵⁾.

كما تعتبر الضرورة من المقاصد الشرعية التي رعتها الشريعة الإسلامية، وإلى هذا المعنى أشار الشاطبي: بأن الضرورية ما لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة...⁽¹⁶⁾.

ذكر المشرع مصطلح (الضرورة) في المادتين (07، 08) من قانون الأسرة، حيث نصت المادة 07 السابق ذكرها على أن اكتمال أهلية الرجل والمرأة في الزواج يكون ببلوغ سن 19 سنة كاملة، ويمكن للقاضي أن يرخص لهما بالزواج قبل هذا السن إذا اقتضت المصلحة أو الضرورة ذلك.

ما يمكن ملاحظته هنا أن المعاني التي يحملها مصطلح (الضرورة) في المادة يختلف عن معناه الأصولي ودلالاته على المعاني والأحكام الشرعية، لأن الضرورة شرعا ترتبط أساسا بدفع مفسدة بارتكاب مالا يجوز في الأصل، أما الزواج قبل سن الرشد المقرر قانونا ففيه مصلحة وليس ضرورة بل على الأغلب حاجة.

أما المادة 08 فتحدثت عن تعدد الزوجات وبينت في الفقرة 3 منها أنه بإمكان رئيس المحكمة الترخيص بزواج جديد حالة تأكده أنها موافقان على ذلك، وتمكن الزوج من إقناعه بمبرره الشرعي الذي دفعه لهذا الزواج، وأنه مستطيع وقادر على أن يوفر كل الشروط الضرورية لهذه الزوجة.

ويقصد بالشروط الضرورية هنا الشروط المهمة واللازمة لضمان حياة زوجية مستقرة، شروط تحمل الحياة الزوجية وتحسنها؛ كالقدرة على الإنفاق والعدل بين الزوجات، وهي بهذه المعاني تختلف عن المعنى الأصولي للضرورة.

7- **المانع:** عرفه الزركشي: بأنه ما يلزم من وجوده عدم وجود الحكم؛ كالدين مع وجوب الزكاة، والأبوة مع القصاص⁽¹⁷⁾. وعرفه في موضع آخر بقوله: هو الذي يلزم من وجوده العدم، ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته⁽¹⁸⁾.

وهو ينقسم إلى قسمين:

الأول: مانع الحكم: وهو كل وصف وجودي ظاهر منضبط مستلزم لحكمة مقتضاها بقاء نقيض حكم السبب، مع بقاء حكمة السبب؛ كالأبوة في باب القصاص مع القتل العمد العدوان، فلا يقتل الأب قصاصا إذا قتل ابنه عمدا وعدوانا.

الثاني: مانع السبب: وهو كل وصف يخل وجوده بحكمة السبب يقينا؛ كالدين في باب الزكاة مع ملك النصاب، فامتلاك النصاب مظنة الغنى، ولكن الدين يعارض هذا المعنى الملحوظ في سبب الزكاة - وهو الغنى - ويهدمه، فلا تجب في هذا المال زكاة بسبب الدين⁽¹⁹⁾.

استعمل المشرع مصطلح (المانع) والألفاظ المشتقة منه في المواد (09 مكرر، 23، 24، 135، 136، 191) من قانون الأسرة، فقد ذكر مثلا في المادة 9 مكرر شروط صحة الزواج، والتي من بينها: (انعدام الموانع الشرعية للزواج)، أي خلو الزوجين من هذه الموانع سواء كانت مؤبدة، أو مؤقتة، حيث نص على هذا التقسيم في المادة 23، ووضحها في المادتين وما بعدها 24، و30 على الترتيب.

كما ورد هذا المصطلح في المواد المتعلقة بالأشخاص الممنوعين من الميراث الذين حددتهم المادة 135 وما بعدها، حيث بينت أوصافهم؛ كقاتل المورث عدوانا وعمدا، وشاهد الزور...الخ.

وبالنتيجة فإن في كل هذه المواد لم يخرج استعمال المشرع لمصطلح (المانع) عن معناه الأصولي، من حيث أن وجوده يكون مانعا للحكم، أو مانعا للسبب.

8- الصحيح: عبارة عما وافق الشرع وجب القضاء أو لا⁽²⁰⁾.

ويقصد بالصحة في جانب العبادات: موافقة أمر الشارع في ظن المكلف لا في نفس الأمر، فكل من أمر بعبادة توافق الأمر بفعلها كان أتيا بها صحيحة وإن بطل شرط من شروطها أو وجد مانع⁽²¹⁾.

فالمصلي الذي أدى صلاته وهو يعتقد أنه متطهر، وتبين أنه لم يكن متطهرا، فصلاته صحيحة عند المتكلم لموافقة أمر الشارع بالصلاة على حسب حاله، لأن الصحة عنده عبارة عن موافقة أمر الشارع، وجب القضاء أو لم يجب، وغير صحيحة عند الفقهاء لكونها غير مسقط للقضاء، لأن الصحة عندهم عبارة عن سقوط القضاء فعلا⁽²²⁾.

وذكر العلماء في مواطن كثيرة بأن أفعال المكلفين إن استوفت كامل الأركان والشروط، كان حكم الشارع فيها أنها صحيحة، أما إذا لم تستوف ذلك، كان حكمها أنها غير صحيحة، بمعنى أنها باطلة.

وإذا وقع الفعل صحيحا ترتبت عليه جميع آثاره الشرعية، فتبرأ ذمة المكلف منه؛ مثل الصلاة المستوفية لجميع الأركان والشروط في مسائل العبادات.

وكالنكاح مثلا في مباحث المعاملات؛ فإن وقوعه صحيحا يترتب جميع آثاره الشرعية⁽²³⁾.

وقد أورد المشرع مصطلح (الصحيح) بهذا اللفظ أو بالألفاظ مشتقة منه في المواد (10، 35، 40) كلها يفيد المعنى الأصولي وهو ترتب الآثار الشرعية على الفعل الصحيح، فقد جاء مثلا في الفقرة 2 من المادة 10 أن الإيجاب والقبول يقع صحيحا من العاجز عن الكلام بكل ما يفيد معنى الزواج في اللغة والعرف كتابة أو إشارة، فإذا وقع الإيجاب والقبول من العاجز صحيحا ترتبت على عقده جميع آثاره الشرعية والقانونية.

ونصت المادة 35 على أنه إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافي مقتضياته الشرعية، كانت النتيجة بطلان الشرط وصحة العقد، فترتب عليه جميع آثاره الشرعية، وهذا هو المعنى الأصولي.

كما استعمل هذا المصطلح في الفقرة الأولى من المادة 40 وفق معناه الأصولي ونصها: (يثبت النسب بالزواج الصحيح...)، أي الذي استوفى أركانه وشروطه الصحيحة، وبذلك تترتب عليه آثاره الشرعية، ومن آثاره ثبوت النسب.

9- **الحرام:** هو ما يذم فاعله ويمدح تاركه. ويقال له المحذور، والمعصية، والذنب، والمزجور عنه، والمتنوع عليه، والقبیح⁽²⁴⁾.

وقيل: هو الفعل الذي يذم شرعا فاعله⁽²⁵⁾.

وقيل أيضا بأنه: طلب الشارع الكف عن الفعل على وجه الحتم والإلزام، ويستحق فاعله الذم والعقاب، وتاركه التقدير والثواب.

ينقسم الحرام إلى نوعين: لذاته، ولغيره:

فالحرام لذاته: ما قصد الشارع تحريمه ذاتيا لما فيه من القبح الذاتي والمضرة والمفسدة لذاته، فإنه إذا كان عقدا يقع باطلا؛ كبيع الميتة، وتزوج المحرمات من النساء، وإذا كان تصرفا فعليا ضارا يقع جريمة؛ كالسرقة والزنا وخيانة الأمانة، وغير ذلك من الأفعال الأخرى القبيحة لذاتها.

أما المحرم لغيره: فهو ما يكون مشروعا لذاته، ولكن أصبح قبيحا ومضرا لغيره؛ كالخطبة على خطبة الغير، والبيع على بيع الغير، ونحوهما، فإن كلا من الخطبة والبيع عمل مباح لذاته، لكنه يصبح محرما إذا كان مؤديا إلى إلحاق الضرر بالغير، ومع ذلك فالفاعل يعتبر آثما، والتصرف يكون صحيحا منتجا لآثاره عند جمهور الفقهاء⁽²⁶⁾.

أورد المشرع الجزائري مصطلح (الحرام) في المواد (25 إلى 30) من قانون الأسرة، واستعمله لبيان موانع الزواج والمحرمات من النساء التي لا يجوز للرجال الزواج بهن، فكان متوافقا مع معناه الأصولي الدال على تحريم الزواج بالمذكورات من النساء في هذه المواد واعتبار الزواج بهن ممنوعا شرعا، وهو حرام جزما يقتضي الكف عنه على سبيل الحتم والإلزام، ويستحق فاعله الذم والعقاب.

10- **الأصول:** جمع أصل، وهو ماله فرع، لأن الفرع لا ينشأ إلا عن أصل⁽²⁷⁾، وأصل الشيء: ما منه الشيء، أي: مادته، كالولود للولد، والشجرة للغصن، وكالكتاب أصل لما يتبني عليه، وكالسنة أصل لما يعرف من حمتها.

ويطلق الأصل على مدلولات عديدة، منها: القاعدة، الدليل، الراجح، المستصحب، الصورة المقيس عليها، الرجحان، القاعدة المستمرة، التعبد، الغالب في الشرع، استمرار الحكم السابق، المخرج⁽²⁸⁾، ... الخ.

وأصول الفقه: أدلته⁽²⁹⁾. وقيل أصول الفقه: هي الأدلة التي يبنى عليها الفقه وما يتوصل بها إلى الأدلة على سبيل الإجمال، والأدلة ههنا خطاب الله عز وجل، وخطاب رسوله ﷺ، وأفعاله، وأقراره، واجماع الأمة، والقياس، والبقاء على حكم الأصل عند عدم هذه الأدلة، وفتيا العالم في حق العامة، وما يتوصل به إلى الأدلة⁽³⁰⁾.

استعمل المشرع مصطلح (الأصول) والألفاظ المشتقة منه في المواد (26، 77، 149، 161، 169، 170، 171) من قانون الأسرة، حاملا إياه على واحد من معانيه الأصولية المذكورة أعلاه، لأن الأصل ما له فرع، وأن الفرع لا ينشأ إلا عن أصل، فالأب أصل للولد وإن علا، والولد فرع الأب وإن نزل، وهي المعاني التي دلت عليها المواضع التي ورد فيه مصطلح الأصل أو الأصول في كل المواد المذكورة.

11- 12- البطلان والفساد:

فالبطلان هو: وقوع الفعل غير كاف لإسقاط القضاء، وقيل هو: مخالفة الأمر⁽³¹⁾.

فإذا لم تقع أفعال المكلفين مستوفية أركانها وشروطها، كانت غير صحيحة وباطلة.

ويقصد بالبطلان هنا: أن العقد لا ينتج أي أثر شرعي، لأن هذه الآثار تنبج عن العقود المستوفية لجميع الأركان والشروط المطلوبة فيه من قبل الشارع، سواء أكانت من مسائل العبادات أو المعاملات⁽³²⁾.

إن الفساد والبطلان: بمعنى واحد عند جمهور الأصوليين⁽³³⁾، فلم يفرقوا بينهما سواء أكان التصرف عبادة أو معاملة، فهما لفظان مترادفان عندهم.

أما الحنفية: فوافقوا الجمهور في العبادات، ولم يفرقوا فيها بين الفساد والبطلان، لأن أي خلل فيها سواء أكان في ركن أو شرط يترتب عليه عدم الاعتداد بها شرعا.

وفرقوا بينهما في المعاملات: فالباطل فيها: هو التصرف الذي لم يشرع أصلا، كبيع الميتة، وبيع المذموم.

وأما الفاسد: فهو التصرف المشروع في أصله، ولكنه غير مشروع بوصفه، وذلك كما لو باعه قمار بتمر أكثر منه، فإن البيع فاسد وليس بباطل، لأن الخلل لم يكن في أصل العقد لتوفر أركانه، فإن كلا من البديلين معلوم، وهو مال متقوم شرعا، ولكن الخلل كان في الوصف وهو الزيادة، لأن النبي ﷺ قال⁽³⁴⁾: (التمر بالتمر، والحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير، والملح بالملح، مثلا يمثل يدا بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى إلا ما اختلفت ألوانه)⁽³⁵⁾.

أورد المشرع مصطلحي (البطلان والفساد) والألفاظ المشتقة منها في المواد (32، 33، 35) من قانون الأسرة.

وباستقراء نصوص المواد المذكورة نخلص إلى أن المشرع الجزائري وضع البطلان أقوى مرتبة من الفساد من حيث السبب، فإذا كان السبب قويا كان الزواج باطلا كنعدام الرضا في المادة 33 بنصها: (يطل الزواج إذا اختل ركن الرضا). بمعنى أن الزواج الباطل هو ما اختل أو انعدم فيه ركن الرضا، وهو تصرف غير

مشروع أصلا، أما الزواج الفاسد فهو ما انعدمت فيه شروط صحته كالشاهدين⁽³⁶⁾، وهو تصرف مشروع في أصله، لكنه غير مشروع بوصفه لانعدام الشهود فيه.

لقد أخذت هذه المسألة حيزا كبيرا من النقاش، وعرفت اختلافا كبيرا بين علماء الأصول وفقهاء الشريعة الإسلامية قديما وحديثا، وتسلسل ذلك إلى شرح قانون الأسرة الجزائري عند شرحهم وتفسيرهم للمواد من 32 إلى 35، ولمن أراد تفصيل المسألة وفهم تغريعاتها فعليه بالرجوع إلى هذه الكتب فقد أشبعها دراسة.

لكن ما يهمني هنا هو: هل أخذ المشرع بالمعاني الأصولية لهذين المصطلحين -البطلان والفساد- واستعملها بنفس الدلالات والمحامل أم لا؟

باستقراء ما جاء في المواد المشار إليها يمكن الخلوص إلى أن المشرع لم يخرج فيها عن المعاني الأصولية لهذين المصطلحين، بغض النظر عن المعاني والمقاصد التي حملها عليها، وبغض النظر عن الآراء التي ذهبت إلى وجود تناقض بين هذه المواد فيما يحمل عليه البطلان والفساد.

وفي كل ذلك فإن المشرع بالجملة قد حافظ على معانيها الأصولية ودلالاتها الشرعية على الأحكام وهذا الذي يهمني في هذه الورقة البحثية.

13- **المشترك:** هو اللفظ الموضوع لحقيقتين مختلفتين أو أكثر، وضعا أولا؛ من حيث هما كذلك⁽³⁷⁾.

فقد خرج بالوضع ما يدل على أي شيء حقيقة وعلى غيره مجازا، وخرج بقيد الحيثية المتواطئ، فهو يتناول الماهيات المختلفة لكن لا من حيث هي كذلك بل من حيث إنها مشتركة في المعنى الواحد⁽³⁸⁾.

وقيل: هو اللفظ الموضوع لكل واحد من معنيين فأكثر، وذلك كالقراء فإنه يأتي للطهر وللحيض، وكالعين فإنه وضع للباصرة، وللعين الجارية، ووضع للحاضر من كل شيء، وللخيار من الشيء، وللذهب، وللجاسوس، ولغير ذلك من المعاني.

ويقع الاشتراك في الأساء كما في الألفاظ السابقة، ويقع في الأفعال، وذلك كعكس فإنها تطلق على أقبل وأدبر، ويقع في الحروف أيضا، كمن فإنها تأتي لابتداء الغاية، وللتبويض، ولغير ذلك من المعاني⁽³⁹⁾.

أورد المشرع الجزائري مصطلح (المشترك) والألفاظ المشتقة منه في المواد (36، 37، 73، 176) من قانون الأسرة، فذكر في الفقرة الأولى من المادة 36 أنه يتعين على كل زوج وزوجة أن يحافظا على كل رابط من روابط الزوجية وعلى الواجبات المشتركة بينهما والتي تساهم في دوام هذه العلاقة، وضرورة تشاركها في المسؤولية التي تقع على عاتقها، وأن هذه الحقوق المشتركة لا تتحقق إلا بتعاونها معا⁽⁴⁰⁾، وهذا معنى من معاني الاشتراك أصوليا، لأن الاشتراك قد يكون لمعينين أو أكثر.

كما استعمل هذا المصطلح في الفقرة 2 من المادة 37، حيث أشار المشرع فيها إلى جواز اتفاق كل من الزوج والزوجة في عقد لا حق أو مع عقد الزواج على أموالها التي يشتركان فيها، وهي كل أموال مختلطة بينهما، حصلها كل واحد منها بجهد الخاص وعمله وكده، بصفة مستقلة، ثم ضاها إما في شركة واحدة، أو في حساب جار واحد باسم أحدهما، وغالبا ما يكون حساب الزوج دون فرز وبيان كم يملك كل واحد منها، وهذا دليل اتفاقها، وتفاهمها، وإخلاصها لبعضها البعض، وهذا أيضا من معاني الأصولية.

و استعمله أيضا في المادة 176 التي نصت على المسألة المشتركة في الميراث، وحمله فيها على معنى تقاسم الثلث بين الإخوة لأم والإخوة الأشقاء الذكور والإناث فيه.

وبالمحصلة فقد استعمله في هذه المواد وأعطاه نفس المعاني التي تحتلها معانيه الأصولية، ولم تخالفها.

14- **الواجب -الوجوب-**: هو الذي يذم شرعا تاركه قصدا مطلقا، ويرادفه الفرض، وقالت الحنفية الفرض ما ثبت بقطعي والواجب بظني⁽⁴¹⁾.

فقد فرق الحنفية بين الفرض والواجب وفقا للدليل، فإن ثبت التكليف بدليل قطعي مثل الكتاب والسنة المتواترة فهو الفرض؛ كالصلوات الخمس، وإن ثبت بدليل ظني؛ كخبر الواحد والقياس فهو الواجب، كالوتر⁽⁴²⁾.

وهما سواء عند جمهور العلماء لا خلاف بينهما حكما ولا معنى، فهما يطلقان على ما يجب فعله ويعاقب على تركه وعدم القيام⁽⁴³⁾.

والواجب ينقسم باعتبارات مختلفة إلى أربعة أقسام:

القسم الأول: باعتبار وقت أدائه: ينقسم إلى واجب مؤقت؛ كالصلوات الخمس، وصوم رمضان، والحج، وواجب مطلق عن التوقيت؛ كال كفارة الواجبة، والنذور المطلقة، ويطلق الفقهاء على الواجب المطلق اصطلاح الواجب على التراخي.

ونص علماء الأصول على أن الواجب المؤقت ينقسم بدوره بحسب ارتباطه بالوقت إلى ثلاثة أنواع:

- أ- واجب مضيق: وهو الذي لا يسع واجبا آخر معه من جنسه؛ كالصام في شهر رمضان.
- ب- واجب موسع: يتسع وقته لأدائه ولأداء غيره من جنسه؛ كالصلوات المفروضة فيمكن للمكلف صلاة النافلة قبلها وبعدها.
- ت- واجب مؤقت ذو الشبهين: وهو واجب لا يسع غيره من جنسه، ولكن لا يستغرق فعله كل الوقت المخصص له، كالحج مثلا، فهو لا يسع حجا آخر، لكنه يسع أعمالا أخرى؛ كالصلاة، والصيام.
- التقسيم الثاني: باعتبار المقدار: ينقسم إلى واجب محدد؛ كالزكاة، والصلاة (عدد الركعات فيها محدد)، والحدود (الجلد، قطع اليد)، وواجب غير محدد؛ كالتعزير على بعض الجرائم، والإنفاق في سبيل الله، وإطعام الجائع.
- التقسيم الثالث: باعتبار المكلف بأدائه: ينقسم إلى واجب عيني؛ كالصلاة والزكاة والحج، وواجب كفائي؛ كالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والجهاد، وصلاة الجنازة.
- التقسيم الرابع: باعتبار الفعل المأمور به: ينقسم إلى واجب معين؛ كالصلاة والصيام، وواجب مخير؛ كأحد خصال الكفارة، وحكم الأسرى⁽⁴⁴⁾.

أورد المشرع مصطلح (الواجب - الوجوب-) والألفاظ المشتقة منه في كثير من مواد قانون الأسرة منها: (49)، 53 ف1، 67، 72، 74، 75، 77، 130)، فذكر في الفقرة الأخيرة من المادة 49 أحكام الطلاق التي يجب أن تسجل في الحالة المدنية بمراقبة من النيابة العامة، فهذه الأخيرة ملزمة بتسجيل أحكام الطلاق في الحالة المدنية.

وورد أيضا في الفقرة 1 من المادة 53 والتي جوزت لكل زوجة طلب التطبيق لأسباب عديدة، منها عدم تمكن الزوج من الإنفاق عليها بعد صدور الحكم بوجوبه شريطة ألا تكون عارفة بإعساره وقت الزواج، بمعنى

أنه بعد صدور الحكم بالإفراق والزام الزوج به، إذا لم يلتزم به غُدَّ سببا من أسباب طلب الزوجة التطليق، وسيحكم القاضي لها بذلك عقوبة له على عدم إنفاقه، وهذا هو معناه ومبناه الأصولي في دلالته على الذي يُلزم بفعله ويعاقب على تركه.

وهكذا بالنسبة لبقية المواد والمواضع الأخرى فقد أورد فيها المشرع هذا المصطلح بمعنى الحتم والإلزام بالفعل، والذم والعقوبة على الفعل، وكلها معان تدخل دائرة المصطلح أصوليا معنى ومفهوما.

15- السبب: هو الذي يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته⁽⁴⁵⁾؛ كالدلوك للصلاة.

وعرف كذلك بأنه: كل وصف ظاهر منضبط دل الدليل السمعي على كونه معرفا لحكم شرعي⁽⁴⁶⁾، كجعل دلوك الشمس معرفا لوجوب الصلاة.

وهو ينقسم إلى ما يتكرر الحكم بتكرره؛ كالدلوك للصلاة، ورؤية الهلال في رمضان لوجوب الصوم، وكالنصاب للزكاة.

وإلى ما لا يتكرر بتكرره، مثل وجوب الحج عند تكرر الاستطاعة عند من يجعلها سببا⁽⁴⁷⁾.

فحقيقة السبب أن الشارع جعل وجوده علامة على وجود الحكم، وجعل انتفاءه علامة على انتفاء الحكم، أي أن الشارع ربط بين وجود المسبب بوجود سببه، وعدمه بعدمه، شريطة ألا يؤثر على الحكم المترتب عليه.

وقد يكون السبب مناسبا للحكم، وقد لا يكون كذلك:

فالمناسب للحكم: هو ذلك الذي توجد بينه وبين الحكم المترتب عليه مناسبة واضحة جلية، مثل اعتبار القتل العمد العدوان سببا للقصاص، لأن القتل فيه اعتداء على الأنفس بشكل واضح، ونشر للخوف والرعب بين الناس، فلامه وناسبه القصاص العادل الذي تستقر معه الحياة.

أما السبب الذي لا تظهر فيه مناسبة للحكم: كجعل دلوك الشمس أمانة على دخول الوقت لصلاة الظهر ووجوبه، فإن المناسبة بين الزوال ودخول وقت صلاة الظهر غير واضحة⁽⁴⁸⁾.

أورد المشرع مصطلح (السبب) والألفاظ المشتقة منه في المواد (67، 71، 126)، فقد جاء مثلا في الفقرة 02 من المادة 67 أنه لا يجب أن يكون عمل الزوجة من الأسباب التي تسقط حقها في ممارسة حضانة أطفالها، ويجب مراعاة مصلحتهم في ذلك في كل الأحوال، فلا يلزم من عمل المرأة سقوط حقها في ممارسة حضانة أولادها، إلا إذا تسبب عملها في فوات مصلحة المحضون كما أشارت الفقرة الأخيرة من المادة، وبالتالي لا يخرج هذا المفهوم عن المعنى الأصولي لهذا المصطلح، ولا يختلفان في الحكم كذلك.

وهو نفس المعنى المنصوص عليه في المادة 71، التي أوجبت عودة حق الحضانة إذا زال سبب سقوطه، فقد ربط المشرع حق الحضانة وجودا وعدما بموانعها وجودا وعدما أيضا، بمعنى أن الحكم مرتبط بالسبب وجودا وعدما.

ونفس المعنى كذلك تضمنته المادة 126 كون أن القرابة والزوجية من أسباب الميراث، وبالتالي ينتفي الإرث.

16- 17- العرف والعادة:

- العرف: هو ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول⁽⁴⁹⁾.
- كما عرف بأنه: ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطباع بالقبول⁽⁵⁰⁾.
- وقيل كذلك: هو ما اعتاده جمهور الناس وألفوه من فعل شاع بينهم، أو لفظ تعارفوا على إطلاقه على معنى خاص بحيث لا يتبادر إلى الذهن عند سماعه غيره⁽⁵¹⁾.
- أما العادة: فهي ما استمر الناس عليه على حكم العقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى⁽⁵²⁾.
- والمتبع لكلام الأصوليين يرى أنهم كثيرا ما يستعملون العرف والعادة بمعنى واحد، لأن مؤداهما واحد⁽⁵³⁾.

أورد المشرع الجزائري مصطلح (العرف) في المادتين (10 ف2، 78)، والعادة في المادة (78) من قانون الأسرة، فذكر العرف في الفقرة 02 من المادة 10 التي مرت علينا سابقا؛ والتي نصت على صحة إيجاب وقبول العاجز عن التلفظ بهما بكل ما يفيد معنى الزواج في اللغة والعرف، ومثل عليها بالكتابة و الإشارة.

وذكر العرف مع العادة مع بعضهما في المادة 78، حين عدد بعضا من مشتملات النفقة، وما يعتبر من ضرورياته في عرف الناس وعاداتهم.

فنلاحظ أن المشرع قد استعمل مصطلح العرف في المادتين بنفس المعنى الأصولي، وهو ما استقرت عليه نفوس الناس والمجتمعات والأُم من جهة العقول، وتلقته طباعهم السليمة بالقبول والتسليم وعدم الرفض. وكذلك استعمل العادة بنفس معانيها ودلالاتها الأصولية وهو استمرار الناس عليه على حكم العقول وعودهم مرة بعد أخرى، فالعادة محكمة.

18- الجنون: هو اختلال العقل، بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادرا⁽⁵⁴⁾.

كما عرف بأنه: آفة تحل بالدماع تبعث على الإقدام على ما يضاد مقتضى العقل من غير ضعف في أعضائه، يسقط به كل العبادات المحتملة للسقوط كالصلاة والصوم، ولا يسقط عنه ضمان المتلفات، ووجوب الدية، والأرث، ونفقة الأقارب، كما لا يسقط⁽⁵⁵⁾.

والجنون يشبه أول أحوال الصبا في عدم العقل، وحكمه حكم الصبي غير المميز فليست له أهلية أداء، وقد يكون الجنون مطبقا فتبطل تصرفات المتصرف بها كلها، كما يكون جنونا متقطعا تتخلله فترات إفاقة، فتبطل معه التصرفات التي تتم في وقت الجنون، وتصح التصرفات التي تتم في الإفاقة⁽⁵⁶⁾.

أورد المشرع الجزائري مصطلح (الجنون) والألفاظ المشتقة منه في المواد (81، 85، 101) من قانون الأسرة، فذكر مثلا في المادة 81 أنه ينوب عن ناقص الأهلية بسبب الجنون في أموره القانونية وليه، أو وصيه أو المقدم تنفيذا لأحكام قانون الأسرة.

واعتبر تصرفات المجنون في المادة 85 غير نافذة إذا صدرت منه أثناء جنونه.

أما المادة 83 فأشارت إلى أنه يحجر على المجنون إذا بلغ سن الرشد ولم يفق، ولم يشف من جنونه.

ففي هذه المواد الثلاث حمل مصطلح الجنون على معناه الأصولي، فالمجنون حالة الجنون ينوب عنه شرعا وقانونا ولي، أو وصي، أو مقدم، وتعتبر تصرفاته غير نافذة، ويحجر عليه إذا بلغ عاقلا، هذا ما قرره علماء الأصول وتبعهم المشرع في قانون الأسرة.

19- **العتة**: عبارة عن آفة ناشئة عن الذات، توجب خللا في العقل، فيصير صاحبه مختلط العقل، فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء، وبعضه كلام المجانين⁽⁵⁷⁾.

كما عرف بأنه: آفة توجب خللا في العقل يجعل صاحبا مترددا في أقواله وأفعاله بين العقلاء وبين غير العقلاء، فيتصرف تصرف العقلاء حيناً، وتصرف المجانين حيناً آخر، فأصل العقل موجود عند المعتوه بخلاف المجنون، والعتة يشبه آخر أحوال الصبا في وجود أصل العقل مع نقص فيه⁽⁵⁸⁾.

وهو يتنوع إلى نوعين:

الأول: عتته لا يبقى معه إدراك ولا تمييز، وصاحبه يكون كالمجنون، فتتعدم فيه أهلية الأداء دون الوجوب، ويكون في الأحكام كالمجنون.

الثاني: عتته يبقى معه إدراك وتمييز ولكن ليس كإدراك العقلاء، وبهذا النوع من العتة يكون الإنسان البالغ كالصبي المميز في الأحكام، فتثبت له أهلية أداء ناقصة، أما أهلية الوجوب فتبقى له كاملة، وعلى هذا لا تجب عليه العبادات التي يكون المقصود منها المال، ويصح أداؤها من قبل الولي كضمان المتلفات، وتكون تصرفاته صحيحة نافذة إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً، وباطلة إذا كانت مضرة له ضرراً محضاً، وموقوفة على إجازة الولي إذا كانت دائرة بين النفع والضرر⁽⁵⁹⁾.

استعمل المشرع الجزائري مصطلح (العتة المعتوه) والألفاظ المشتقة منه في المواد (81، 85، 101) من قانون الأسرة، وهي نفس المواد التي ذكر فيها مصطلح الجنون، وما قيل هناك يعاد ذكره هنا، فقد استعمله المشرع بنفس معانيه الأصولية، فكل تصرفاته غير نافذة إذا صدرت حال العتة، ويجبر عليه إذا بلغ عاقلاً، هذا ما قرره علماء الأصول وفقهاء الشريعة الإسلامية وتبعهم المشرع في قانون الأسرة.

20- **السفة**: هو خفة تعتري الإنسان، فتحمله على العمل بخلاف موجب العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة⁽⁶⁰⁾.

وهو عارض من عوارض الأهلية المكتسبة، لأنه -أي السفه- يعمل باختياره ورضاه على خلاف مقتضى العقل، كما أنه لا ينافي الأهلية فهو كامل الأهلية، ومخاطب بجميع التكليف، إلا أنه يؤثر في بعض الأحكام، ويظهر هذا الأثر في منع المال عن الصبي إذا بلغ سفيهاً، وفي الحجر على البالغ العاقل بسبب عارض السفه⁽⁶¹⁾.

استعمل المشرع مصطلح (السفه) والألفاظ المشتقة منه في المواد (81، 85، 101) من قانون الأسرة، وهي أيضا نفس المواد التي ذكر فيها مصطلح الجنون والعته، فقد جمع المشرع فيه علة الجنون والعته والسفه في موضع واحد واعتبر تصرفاتهم لا ترتب أي أثر شرعي، لأنها مفقودة للعقل وهو مناط التكليف، وهذا ما حمل عليه علماء الأصول وفقهاء الشريعة الإسلامية.

21- الترجيح: هو ترجيح أمانة على أمانة في مظان الظنون⁽⁶²⁾.

وعرف أيضا: بأنه تقوية أحد الطرفين على الآخر، ليُعلم الأقوى، فيعمل به، ويطرح الآخر⁽⁶³⁾.

وعرف أيضا بأنه: اقتران الأمانة بما تقوى بها على معارضتها⁽⁶⁴⁾.

وعرفه القاضي أبو الخطاب الكلوزاني بأنه: تقوية إحدى العلتين على الأخرى، ولا يصح الترجيح بينهما إلا أن تكون كل واحدة منهما طريقا للحكم لو انفردت، لأنه لا يصح ترجيح طريق على ما ليس كذلك⁽⁶⁵⁾.

ومن الأمثلة على هذا المعنى في القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾⁽⁶⁶⁾، فقد دلت الآية الكريمة على أن كل امرأة يتوفى عنها زوجها تعتد أربعة أشهر وعشرة أيام، سواء أكانت حاملا أم غير حامل.

وقوله تعالى: ﴿وَأُولَئِ الْأَحْمَالُ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾⁽⁶⁷⁾، يقتضي بعمومه أن كل امرأة حامل، تنقضي عدتها بوضع حملها، سواء أكانت متوفى عنها زوجها أم كانت مطلقة.

ويلاحظ هنا تعارض مدة عدة الحامل المتوفى عنها زوجها، فمقتضى الآية الأولى أنها بأربعة أشهر وعشرة أيام، ومقتضى الآية الثانية أنها بوضع الحمل، فالآيتان متعارضتان في هذه الحالة، وهما متساويتان في القوة، فالمجتهد هنا يجب عليه أن ينظر في تاريخ ورودهما، فإن علم تقدم أحدهما ربح المتأخر، وحكم بنسخ المتقدم.

هذا ما فعله عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، فرأى أن الآية الأولى متقدمة في النزول عن الآية الثانية، وبالتالي فإن الثانية نسخت الأولى في الأمور التي تعارضتا فيها، فأفتى بانتهاء عدة المتوفى عنها زوجها بوضع الحمل⁽⁶⁸⁾.

أورد المشرع الجزائري مصطلح (الترجيح) في المادة (154) من قانون الأسرة التي تتحدث عن واحدة من أهم مسائل الميراث، وهي مسألة الترجيح بين العصابات إذا تعددوا واتحدوا في الجهة، فيكون الترجيح بينهم هنا بالدرجة، فيقدم الأقرب درجة إلى الميت، أما إذا اتحدوا في كل من الجهة والدرجة، فيكون الترجيح بينهم بقوة القرابة، وأما إذا اتحدوا في الجهة و الدرجة و القرابة فإنهم يرثون بالتعصيب وبالتالي يشتركون في المال بالتساوي.

هذا المعنى هو نفس معنى مصطلح الترجيح عند علماء الأصول، بأن يقدم الأقوى على الأضعف، والأقرب على الأبعد، وهكذا، والمسألة مبسوسة في كتب الأصول والحديث.

خاتمة المقال:

في ختام هذا البحث، يمكن تلخيص أهم نتائج في النقاط الآتية:

- 1- استعمل المشرع الجزائري كثيرا من المصطلحات الأصولية في الصياغة القانونية لمواد قانون الأسرة وأبقاها بنفس معانيها الأصولية، ولم يخالفها إلا نادرا.
 - 2- إن المصطلحات الأصولية التي استعملها المشرع في صياغة مواد قانون الأسرة وخالف فيها معانيها الأصولية، كانت المخالفة نتيجة اجتهاد لم يخرج عن روح الشريعة الإسلامية ورحابها الواسع.
 - 3- إن علم أصول الفقه علم يحتاجه المشرع في الصياغة القانونية لمواد قانون الأسرة، لأنه يعين على فهم النصوص وتفسيرها، واستنباط الأحكام من الأدلة التفصيلية.
- التوصيات :** خلاص البحث إلى جملة من التوصيات، من أهمها:

- 1- ضرورة إشراك علماء الأصول في عملية الصياغة القانونية لمواد قانون الأسرة، لأن علم الأصول من العلوم التي تعتمد على العقل والنقل فتعصم الذهن من الخطأ في فهم النصوص واستنباط الأحكام منها.
- 2- إنشاء لجنة مختصة في المصطلحات اللغوية والأصولية والفقهية لاختيار ما يتناسب منها مع ما تقتضيه معانيها في مواد قانون الأسرة.

- 3- اعتبار أصول الفقه مرجعا أساسيا وتاريخيا في الصياغة القانونية لمواد قانون الأسرة، واعتبار مباحثه مصادر يرجع إليها في استنباط الخاصة بالأسرة.
- 4- تدريس علم أصول الفقه لطلاب الحقوق عموما، وطلبة قانون الأسرة خصوصا، لأنه علم يعينهم على فهم النصوص والوثائق القانونية بطرق سليمة، وتفسيرها تفسيراً دقيقاً.
- 5- يُعلم القاضي كيف فهم الفقهاء الأحكام وأخذوها من أدلتها، وتوصلوا إلى استنباطها، فيتمكن من تخرج المسائل المستجدة بناء على ذلك.

هوامش المقال:

- (1) ينظر: الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي، البحر المحيط في أصول الفقه، تحقيق د. عبد القادر العاني، و د. عمر سليمان الأشقر، ط1، ط1، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت (1409هـ-1988م)، ج1، ص117، الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون سنة النشر، ص10.
- (2) ينظر: محمد فوزي فيض الله، الإلمام بأصول الأحكام، ط1، دار التقدم للنشر والتوزيع، الكويت (1410هـ-1989م)، ص96، وص100، وينظر أيضا: الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، المستصفي من علم الأصول ومعه كتاب فوائغ الرعموت للعلامة عبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري بشرح مسلم الثبوت في أصول الفقه للإمام المحقق الشيخ محب الله ابن عبد الشكور، مكتبة المتنبي و دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة النشر، ج1، ص55، الشوكاني، إرشاد الفحول، المصدر السابق، ص10.
- (3) ينظر: محمد فوزي فيض الله، الإلمام بأصول الأحكام، المرجع السابق، ص101-102، كما ينظر: الشوكاني، إرشاد الفحول، المصدر السابق، ص10-11.
- (4) الجرجاني، علي بن محمد السيد الشريف، معجم التعريفات، تحقيق محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، بدون سنة النشر، ص97.
- (5) الموسوعة الفقهية الكويتية، ط2، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت (1412هـ-1992م)، ج23، ص109.
- (6) نقله الزركشي عن القرافي، البحر المحيط، المصدر السابق، ج2، ص327.
- (7) ينظر: الزركشي، البحر المحيط، المصدر نفسه، ج1، ص309، وج4، ص37.
- (8) محمد فوزي، الإلمام بأصول الأحكام، المرجع السابق، ص140-141، وينظر: البخاري، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، تحقيق عبد الله محمود محمد عمر، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان (1418هـ-1997م)، ج4، ص335.
- (9) ينظر: مصطفى ديب البغا، أصول الفقه الإسلامي دراسة عامة، ط3، دار المصطفى، دمشق، سوريا (1428هـ-2007م)، ص213 وما بعدها.
- (10) الغزالي، المستصفي، المصدر السابق، ج1، ص286.
- (11) الزركشي، البحر المحيط، المصدر السابق، ج6، ص76.
- (12) أبو إسلام مصطفى بن محمد بن سلامة، التأسيس في أصول الفقه على ضوء الكتاب والسنة، مكتبة الحرمين للعلوم النافعة، المملكة العربية السعودية، بدون سنة النشر، ص442.
- (13) ينظر: حسن علي الشاذلي، المدخل للفقه الإسلامي تاريخ التشريع الإسلامي، دار الطباعة الحديثة، مصر، بدون سنة النشر، ص467-468، محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي تاريخه ومصادره ونظرياته العامة، ط3، دار النهضة العربية، مصر (1386هـ-1966م)، ص245-255.
- (14) الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، المنشور في القواعد، تحقيق تيسير فائق أحمد محمود، ط4، دار الأنباء، الكويت، بدون سنة النشر، ج2، ص319.

- (15) وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة - دراسة مقارنة-، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان (1985)، ص 67-68، وينظر: قطب مصطفى سانو، معجم مصطلحات أصول الفقه، دار الفكر، سوريا (2000)، ص 256.
- (16) ينظر: الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق عبد الله دراز، المكتبة التجارية الكبرى، دون سنة النشر، ولا مكانه، ج2، ص17.
- (17) البحر المحیط، المصدر السابق، ج1، ص310.
- (18) الزركشي، البحر المحیط، المصدر السابق، ج2، ص3329.
- (19) ينظر: الآمدي، الإحكام، المصدر السابق، ج1، ص185، عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ط5، نشر إحسان للنشر والتوزيع، طهران، إيران (200م)، ص63-64.
- (20) ينظر: الغزالي، المستصفى، المصدر السابق، ج1، ص94.
- (21) ينظر: الزركشي، البحر المحیط، المصدر السابق، ج1، ص313.
- (22) ينظر: الآمدي، الإحكام، ج1، ص186.
- (23) ينظر: عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، المرجع السابق، ص65، الأنصاري، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت مع المستصفى، المصدر السابق، ج1، ص122، ج1، السمرقندي، علاء الدين شمس النظر أبي بكر محمد بن أحمد، ميزان الأصول، تحقيق د. عبد الملك عبد الرحمان السعدي، ط1، مطبعة الخلود، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية لجنة إحياء التراث العربي والإسلامي، (1407هـ-1987م)، ج1، ص139-140.
- (24) ينظر: الشوكاني، إرشاد الفحول، المصدر السابق، ص10، الأسنوي، جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن، نهاية السؤل في شرح مناهج الأصول للقاضي ناصر الدين عبد الله بن عمر البيضاوي، ومعه سلم الوصول لشرح نهاية السؤل لمحمد بنجيح المطيعي، عالم الكتب، بدون مكان النشر ولا سنته، ج1، ص79.
- (25) ينظر: عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، المهذب في علم أصول الفقه المقارن، ط1، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية (1420هـ-1999م)، ج1، ص297.
- (26) ينظر: مصطفى إبراهيم الزلي، أصول الفقه الإسلامي في نسجيه الجديد، ط5، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، بغداد، العراق (1999م)، ص253-254.
- (27) ابن النجار، محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوح الحنبلي، شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير أو المختبر المبكر شرح المختصر في أصول الفقه، تحقيق د. محمد الزحيلي، ود. نزيه حاد، مكتبة العبيكان، الرياض، المملكة العربية السعودية (1418هـ-1997م)، ج1، ص38.
- (28) ينظر: الزركشي، البحر المحیط، المصدر السابق، ج1، ص15-17، ابن جزى، أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن جزى، تقريب الوصول إلى علم الأصول، تحقيق د. عبد الله محمد الجبوري، ساعدت جامعة بغداد على طبعه، بغداد، العراق (1410هـ-1990م)، ص34، ابن النجار، شرح الكوكب المنير، المصدر السابق، ج1، ص39-40، عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، المرجع السابق، ص8، محمد فوزي فيض الله، الإلمام بأصول الأحكام، المرجع السابق، ص9.
- (29) ابن العربي، القاضي أبو بكر بن العربي المعافري المالكي، المحصول في أصول الفقه، تحقيق حسين علي البدرى، وسعيد عبد اللطيف فودة، دار البيارق، عمان الأردن، بدون سنة النشر، ص21.
- (30) الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، اللمع في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، لبنان (1405هـ-1985)، ص6.

(31) ينظر: الزركشي، البحر المحیط، المصدر السابق، ج1، ص320.

(32) ينظر: الغزالي، المستصفى، المصدر السابق، ج1، ص95.

(33) ينظر: الغزالي، المستصفى، المصدر السابق، ج1، ص95. كما ينظر: الآمدي، الإحكام، المصدر السابق، ج1، ص187.

(34) ينظر: البغا، أصول الفقه، المرجع السابق، ص240-241. كما ينظر: الغزالي، المستصفى، المصدر السابق، ج1، ص95، التفاضاني، سعد الدين مسعود بن عمر بن عبد الله، التلويع إلى كشف حقائق التنقيح، ومعه التوضيح شرح التنقيح لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المحبوبي، تحقيق محمد

- عدنان درويش، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، لبنان، بدون سنة النشر، ج2، ص270، الأنصاري، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت مع المستصفي، ج1، ص122، الأمدي، الإحكام، المصدر السابق، ج1، ص187.
- (35) الحديث أخرجه مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، في صحيحه بشرح النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، تحقيق محمد بن عيادي بن عبد الحليم، ط1، مكتبة الصفا، القاهرة، مصر (1442هـ-2003م)، كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق قدا، رقم الحديث (1588)، ج11، ص12-11.
- (36) ينظر: بن شوخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، القبة، الجزائر (1429هـ-2008م)، ص100.
- (37) غر الدين الرازي، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسين، المحصول في علم الأصول، تحقيق محمد عبد القادر عطا، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان (1420هـ-1999م)، ج1، ص83.
- (38) ينظر: الشوكاني، إرشاد الفحول، المصدر السابق، ص30.
- (39) مصطفى سعيد الخن، الكافي الوافي في أصول الفقه الإسلامي، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان (1421هـ-2000م)، ص292.
- (40) ينظر: عبد القادر بن عزوز، أحكام فقه الأسرة - دراسة مقارنة -، ط1، دار قرطبة، الجزائر (2007م)، ص41.
- (41) ينظر: البيضاوي، القاضي ناصر الدين عبد الله بن عمر، مناهج الأصول بشرح نهاية السؤل للإمام جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الأسنوي، ومعه حواشيه المفيدة المسماة سلم الوصول لشرح نهاية السؤل للشيخ محمد بنجيح المطيعي، عالم الكتب، بدون مكان ولا سنة النشر، ج1، ص73.
- (42) ينظر: آل تيمية: محمد الدين أبو البركات عبد السلام بن عبد الله بن الحضرة، شهاب الدين أبو المحاسن عبد الحليم بن عبد السلام، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم، المسودة في أصول الفقه، جمعها أبو العباس أحمد بن محمد بن أحمد بن عبد الغني الحراني، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، مطبعة المدني، القاهرة، مصر، بدون سنة النشر، ص50.
- (43) ينظر: الأسنوي، جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن، نهاية السؤل في شرح مناهج الأصول للبيضاوي، المصدر السابق، ج1، ص76.
- (44) ينظر: محمد مصطفى الرحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي المجلد - المصادر - الحكم الشرعي، ط2، دار الخير، دمشق، سوريا (1427هـ-2006م)، ج1، ص309 وما بعدها.
- (45) ينظر: الزركشي، البحر المحيط، المصدر السابق، ج2، ص329.
- (46) الأمدي، سيف الدين أبي الحسن علي بن أبي علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان (1403هـ-1983م)، ج1، ص181.
- (47) ينظر: الزركشي، البحر المحيط، المصدر السابق، ج1، ص306.
- (48) ينظر: مصطفى سعيد الخن، الكافي الوافي، المرجع السابق، ص52.
- (49) أحمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، مطبعة الأزهر، مصر (1947م)، وأشار إلى أنه تعريف الغزالي في المستصفي، ص8.
- (50) الجرجاني، معجم التعريفات، المصدر السابق، ص125.
- (51) حسن علي الشاذلي، المدخل للفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص462.
- (52) الجرجاني، معجم التعريفات، المصدر السابق، ص125.
- (53) مصطفى سعيد الخن، أبحاث حول أصول الفقه الإسلامي تاريخه وتطوره، ط1، دار الكلم الطيب، دمشق، سوريا (1420هـ-2000م)، ص169.
- (54) صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المحبوبي، التوضيح شرح التنقيح مع التلويح إلى كشف حقائق التنقيح، للفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر بن عبد الله، تحقيق محمد عدنان درويش، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، لبنان، بدون سنة النشر، ج2، ص358-359.
- (55) المولى عبد اللطيف الشهير بابن الملك، شرح منار الأنوار في أصول الفقه، وبهامشه شرح الشيخ زين الدين عبد الرحمان بن أبي بكر المعروف بابن العيني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص340.
- (56) محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص455، كما ينظر: صدر الشريعة، التوضيح شرح التنقيح، المصدر السابق، ج2، ص359-360.

- (57) الجرجاني، معجم التعريفات، المصدر السابق، ص 123.
- (58) ينظر: محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 456، كما ينظر: صدر الشريعة، التوضيح شرح التنقيح، المصدر السابق، ج 2، ص 362-363.
- (59) ينظر: عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، المرجع السابق، ص 104.
- (60) البخاري، كشف الأسرار، المصدر السابق، ج 4، ص 514.
- (61) ينظر: عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، المرجع السابق، ص 118-119، ابن الملك، شرح منار الأنوار في أصول الفقه، المصدر السابق، ص 340، ص 366.
- (62) الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، المنخول من تعليقات الأصول، تحقيق د. محمد حسن هيتو، دار الفكر، بدون سنة النشر، ص 426.
- (63) فخر الدين الرازي، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسين، المحصول في علم الأصول، تحقيق محمد عبد القادر عطا، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان (1420هـ-1999م)، ج 2، ص 388.
- (64) الشوكاني، إرشاد الفحول، المصدر السابق، ص 403.
- (65) ينظر: أبو الخطاب الكلوزاني، محفوظ بن أحمد بن الحسين الحنبلي، التمهيد في أصول الفقه، تحقيق د. محمد علي بن إبراهيم، ط 1، دار المدني، جدة، المملكة العربية السعودية (1406هـ-1985م)، ج 4، ص 226.
- (66) سورة البقرة، جزء من الآية 234.
- (67) سورة الطلاق، جزء من الآية 4.
- (68) ينظر: محمد فوزي فيض الله، الإلمام بأصول الأحكام، المرجع السابق، ص 243-245.