

وزارة التعليم العالي والبحث العالمي

جامعة عمار ثليجي الأغواط

كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية والحضارة

قسم العلوم الإسلامية



الموضوع:

تقنين فقه الأسرة من خلال كتاب القوانين الفقهية لابن جزي
أحكام الطلاق (أنموذجا)

مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية L.M.D

تخصص : الفقه المقارن وأصوله

إشراف الدكتور :

* محمد ورنيني

إعداد الطالبين:

* أحمد بوعزارة .

* أبوذر الغفاري التجاني.

السنة الجامعية 1439-1440هـ / 2018-2019م

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة عمار ثليجي الأغواط

كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية والحضارة

قسم العلوم الإسلامية



الموضوع:

تقنين فقه الأسرة من خلال كتاب القوانين الفقهية لابن جزي
أحكام الطلاق (أنموذجا)

مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية L.M.D

تخصص : الفقه المقارن وأصوله

لجنة المناقشة :

الدكتور: ورنريقي محمد جامعة عمار ثليجي الأغواط مشرفا

الدكتور: قبلي بن هني جامعة عمار ثليجي الأغواط رئيسا ومقررا

الدكتور: حفصي عباس جامعة عمار ثليجي الأغواط مناقشا

السنة الجامعية 1439-1440هـ / 2018-2019م

سورة الاحقاف

شكر و عرفان

الحمد لله لك يا رب ملء السماء وملء الأرض ، فأنت أهل الحمد والثناء صاحب النعم الظاهرة والباطنة فما من خير أو نعمة إلا بفضلك وكرمك وإحسانك ، والشكر لما منحتنا من توفيق في إخراج هذا البحث .
منطلقا من قوله صلى الله عليه وسلم ((من لم يشكر الناس لم يشكر الله)) .

نتقدم بخالص الشكر والعرفان إلى أستاذنا المشرف الذي نمرنا بعلمه وحلمه وكان لنا العون بتوجيهاته الدكتور الفاضل محمد ورنبقي - رئيس قسم العلوم الإسلامية - الذي تكرم بالإشراف على بحثنا ، فجزاه الله عنا وعن طلبة العلم خير ما يجزي به عباده العالمين العاملين وأمد في عمره وأطع حاله في الدنيا والآخرة .
كما نتقدم بالشكر والتقدير إلى أستاذتنا الأفاضل الذين استقيننا من روافد علمهم ومعرفتهم ، ونخص بالذكر أ.د نورالدين صغيري ، محمد علالي ، زعيمة زيعمي ، وإلى كل أساتذة العلوم الإسلامية .

كما لا يفوتنا أن نتقدم بالشكر والتقدير إلى كل من مدنا يد العون والمساعدة من أقارب وزملاء سواء بكلمة أو رأي أو إجازة كتبت حتى تم إخراج هذا البحث في هذه الصورة .

نسأل الله المولى العلي القدير أن يوفقنا جميعا إلى ما يحبه ويرضاه وأن يتقبل منا إنه سميع

قريب مجيب الدعاء .

الإهداء

إلى منار الحق الذي يهتدي له جميع المؤمنين حبيبنا ومولانا وقائدنا وقدوتنا سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم .

إلى الذي زرع فيا حب العلم والتعلم والذي كان له الفضل بعد الله عز وجل فيما وصلت إليه اليوم ، شيخني وحبيبني وولي نعمتي ، المريني والأب الروحي سيدي بشير وميلادك الحسني معلمي وناصري وموجهي ، أجزل الله عنبي خير الجزاء حفظه الله ورحاه وأطال في عمره وأعلى مقامه في الجنة .

إلى من كان سببا في وجودي فأحسن تربيتي وتحمل عناء تخريجني ، إلى من تمنى أن يراني بين صفوف الناجحين وبذل نفسه في سبيل من سبل التضحية " أبي الغالي " .

إلى من أفاضت علي بحبها بلسمًا شق لي درب السلام في جنح الظلام ، إلى من كان دعامتها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي إلى من أعطتني من روحها وعمرها حبا وتصميما لعد أجمل " أمي الغالية " .

إلى من تقاسموا معي حنان أمي ورعاية أبي إلى من الضحكة في وجوههم والبسمة في مديهم إخوتي وأخواتي .
إلى كل الأهل والأقارب صغيرا وكبيرا .

إلى جميع التلاميذ من البرعم الصغير عبد الواسع إلى الأخ الأكبر معمر شلالتي .

إلى من قاسمني إنجازاته المذكرة زميلي " أبو ذر الغفاري " .

إلى كل من يعرفني من قريب أو من بعيد إلى كل طلبة العلوم الإسلامية دون استثناء ، إلى كل من ذكرهم قلبي ونسيهم قلبي أهدي لكم جميعا عملي هذا .

أحمد بوغازة





الإهداء

الحمد لله الذي بفضله تتم الصالحات وأطلي وأسلم على الرحمة المهذبات والزعمه المسدات سيدنا محمد وعلى
أله وصحبه وسلم تسليما كثيرا إلى يوم الدين

أهدي هذا العمل إلى :

سيدنا وحبیبنا وصفی خلقنا محمد علیه أفضل الصلاة وأزكى التسليم

إلى من كان لهما الفضل بعد الله عز وجل وكانا سببا في وجودي والدي الكريمين المحترفا بفضلهما وبرأ
للإسنانهما وأخص بالذكر، "الأب العالي" الذي كان له سبق الرعاية والعناية والفضل الأكبر بعد الله عز وجل
بعبه ودعائه ورعايته لي وحسن توجيهه فكان الأب والمرشد والشيخ حتى وصلت إلى ما أنا عليه اليوم أسأل الله له
تمام الصحة والعافية وأن يسمل الله طريقه إلى الخير ويرفع مقامه وذكره في الدارين وأدامني على حسن بره
وإحسانه وأن يجعله المولى عز وجل ذخرا لي وتلا في فوق رأسي .

إلى جميع إخواني خاصة البراعم الصغار محمد الطاهر ومحمد الأمين متمنيا لهما التوفيق والنجاح في دراستهما .

إلى كل الأسرة الشريفة صغيرها وكبيرها .

إلى صديقي ورفيقي دروي طيلة الخمس سنوات " أحمد بوعزارة " متمنيا له التوفيق في حياته العلمية والعملية .

إلى الذين لم يبخلوا عليا بتوجيهاتهم ونصائحهم إخواني الكبار د. عسي و سلامي و عمار .

إلى جميع زملائي في الدراسة إلى إخواني طلبة السنة الثانية ماستر دفعة تخرج 2019/2018 " قسم العلوم

الإسلامية " دون أن ننسى أحدا منهم إلى قسم العلوم الإسلامية من محفل في الإدارة وأساتذة بدون استثناء

أهدي لكم جميعا عملي هذا مع خالص الحب والامتنان .

أبوذر الغفاري



مقدمة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على هادي البشرية ومعلم الإنسانية محمد بن عبد الله المخصص بجوامع الكلم وبدائع الحكم ، وعلى آله وأصحابه الطيبين الطاهرين ومن اتبع هداهم واقتفى أثرهم بإحسان إلى يوم الدين . أما بعد :

فالشريعة الإسلامية تعتبر نظاما فريدا في تصرفاتها وأهدافها وغاياتها تنظم حياة الأفراد والجماعات وتبين الحقوق والواجبات فهي نظام حاكم وقانون ملزم ، عبر العصور والأزمان .

ويعتبر علم التقنين من العلوم الهامة والمستجدة وذلك بالنظر إلى أثرها وفعاليتها في الحياة العملية، ودورها في المساهمة ايجابيا في إيجاد حلول مناسبة وأحكام عادلة للخصومات والمنازعات ، فهي سبيل إلى إصلاح سياسي واجتماعي وقضائي ، وذلك من خلال إيجاد قوانين إسلامية عادلة تتفق مع مبادئ وقيم الشعوب المسلمة فتقيم العدل والمساواة وتحمي الحقوق والحريات وتنشر الأمن والاستقرار .

والدارس للأدوار التي مر بها تطور الفقه الإسلامي يجد بأن مسألة جمع أحكامه على صيغة القوانين الوضعية الحديثة لم تعرف إلا في أواخر القرن الماضي 13هـ / 19م ، وذلك عندما لجأت الدولة العثمانية سنة 1276هـ / 1868م ، إلى تقنين الأحكام المتعلقة ، بالمعاملات المدنية ، والتجارية رغبة منها في التسهيل على القضاة ، والمتقاضين في إيجاد الحكم الشرعي للنوازل المستجدة ، خاصة وإن الاختلافات الفقهية في هذا العهد قد استشرت بسبب انعدام الاجتهاد واستفحال ظاهرة التقليد ، فكان هذا العمل بمثابة فتح عظيم على الفقه الإسلامي ، مما دفع بدول العالم الإسلامي إلى استحسان هذه الفكرة ، وجعل الشريعة الإسلامية أهم مصادر تقنيناتها خاصة فيما يتعلق بأحكام الأسرة .

ومع ذلك نجد من المسلمين من رفض هذا المنهج ودعا إلى تجنبه وجعل القوانين الغربية المصدر الأول للتقنين ثم تأتي الشريعة في المرتبة الثانية ، ومن ذلك البلاد الجزائرية قننت قانون الأسرة من أحكام الشريعة الإسلامية وجعلتها المصدر الأوحد له ، بينما القوانين الأخرى وضعتها بالاعتماد على المنظومة الفرنسية .

وقد ارتأينا تقنين فقه الأسرة ومحل الدراسة في هذه المذكرة تقنين أحكام الطلاق من خلال كتاب القوانين الفقهية لابن جزي ، واقتصرنا على أحكام الطلاق لما نرى اليوم من تفشي ظاهرة الطلاق وكثرة وقوعه مع جهل كثرة الناس لأحكامه .

فبنظرة سريعة لما يحدث في المجتمع نجد أن المرأة بمجرد وقوع الطلاق عليها تتلعب بعباءتها وتغادر منزل زوجها ، فضلا عما إذا طردها منه ، وبعد مغادرتها للمنزل تنقطع كل الصلات بينها وبين المطلق

فلا يلتزم تجاهها بأي التزامات مالية في فترة العدة ، وإن كان لديها أطفال فقد يحرمها من أخذهم وحضانتهم أو حتى رؤيتها لهم .

هذا ما جعلنا نحاول الغوص في أعماق هذا الموضوع علّنا نجمع فيه ما يسهل على كل من أراد معرفة حكم تقنين أحكام الشريعة الإسلامية وقد حاولنا جمع كل ما وجدناه في الكتب والتي يسر لنا المولى عز وجل البحث فيها لنجعله آخر عمل لنا في مسارنا الدراسي هو هذه المذكرة التي اخترنا أن يكون موضوعها تقنين فقه الأسرة من خلال كتاب القوانين الفقهية لابن جزي .

أهمية الموضوع :

(1) يعتبر علم تقنين فقه الأسرة من العلوم الهامة في هذا العصر ، والتي كانت موضوع جدل ونقاش خاصة بعد أن ظهر كثير من التوجيهات الرسمية والشعبية يدعو إلى الشريعة الإسلامية ، وصياغة القوانين بالاعتماد عليها .

(2) ضرورة بيان الرأي الفقهي في هذه القضية المستجدة ، وبيان قدرة الشريعة الإسلامية على الاستجابة لمتطلبات العصر ، وبناء قانون تستمد أحكامه منها .

(3) ضرورة إيجاد نظرية متكاملة شاملة لتقنين فقه الأسرة بأسلوب عصري ، وطريقة منهجية صحيحة ، بناء على دراسة عملية تأصيلية لهذا الموضوع .

أسباب اختيار الموضوع :

(1) علم تقنين فقه الأسرة من العلوم الهامة ، خاصة في ظل التطورات القانونية المعاصرة ، إذ لم يعد مقبولا بقاء فقه الأسرة بأحكامه العامة دون تقنين عصري يفي بمتطلبات هذا العصر .

(2) بيان قدرة الشريعة الإسلامية على التفاعل مع تطورات العصور ، وتغيرات الأماكن ، وصلاحيتها لبناء صرح قانوني يتميز بالعدالة والإحسان .

(3) الرغبة في الاستفادة من التجارب العملية في التقنين عبر التاريخ الإسلامي وذلك في سبيل الوصول إلى أفضل التصورات لبناء نظرية صحيحة ، لتحقيق الهدف والغاية من التقنين ، وبإقامة الحكم على أساسها واقعا عمليا .

الإشكالية :

ما المقصود بالتقنين بصفة عامة وبتقنين فقه الأسرة من خلال كتاب القوانين الفقهية لابن جزي ؟ وكيف كان منهج المؤلف في صياغة هاته القوانين ؟

أهداف الموضوع :

- 1 - تحديد معنى التقنين وضبط مجالاته .
- 2 - معرفة كيف كان التقنين عند الشعوب القديمة ومتى بدأ تقنين الفقه الإسلامي .
- 3 - معرفة موقف الفقهاء من تقنين أحكام الشريعة الإسلامية .
- 4 - القيام بذكر نموذج من تقنين فقه الأسرة (أحكام الطلاق) وذلك من خلال كتاب القوانين الفقهية لابن جزي .

الدراسات السابقة :

من خلال البحث في هذا الموضوع وجدنا بعض الدراسات التي تناولت هذا البحث من عدة جوانب نذكر منها :

- 1 - تقنين الأحكام الشرعية ودورها في إثراء المنظومة القانونية الجزائرية إعداد د . عبد المجيد بوكركب ، جامعة باتنة ، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية ، الجزائر ، هذا المرجع يتكلم بصفة عامة عن القانون وكان استفادتنا منه من المواد القانونية .
- 2 - حركة التقنين الفقهي وأثرها على الفقه الإسلامي ، الطالبة لعيادة هاجر ، جامعة الجزائر-1- ، كلية العلوم الإسلامية ، قسم العلوم الإسلامية والقانون ، سنة (2016 – 2017 م) ، كانت استفادتنا من هاته الرسالة فيما يخص الجانب التاريخ للتقنين .
- 3 - مسوغات تقنين الفقه الإسلامي في العصر الراهن ، د. دليلة بوزغار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة – كلية الشريعة والاقتصاد، استفدنا من هاته الرسالة في كيفية صياغة أحكام الشريعة الإسلامية .

4 - الطلاق وإشكالاته في قانون الأسرة الجزائري ، الطالبة إبتسام محاتقي ، جامعة محمد بوضياف، المسيلة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، سنة 2016-2017م ، هذه الدراسة كانت مقاربة لموضوع بحثنا إلا أن موضوع بحثنا كان حول كتاب قديم .

5 - آثار الطلاق المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي ، الطالبة وفاء معتوق حمزة فراش ، جامعة أم القرى ، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية ، قسم الدراسات العليا الشرعية فرع الفقه ، سنة (1405هـ - 1985 م) ، كانت دراسة هذه الرسالة من الجانب المعنوي والمالي لأحكام الطلاق وكانت دراستنا دراسة فقهية قانونية .

المنهج المتبع :

وقد اعتمدنا في بحثنا على عدة مناهج منها : المنهج الاستقرائي والمنهج التحليلي لبيان المسائل المختلف فيها ، وعرض آراء العلماء وأدلتهم فيها .

المنهجية المتبعة :

- 1 - قمنا بعزو الآيات القرآنية الكريمة إلى مواضعها من كتاب الله تعالى (مصحف ورش) .
- 2 - تخريج الأحاديث النبوية من كتبها المعتمدة .
- 3 - الرجوع إلى المصادر والمراجع القانونية المتعلقة بموضوع البحث .
- 4 - تأصيل المسائل الفقهية تأصيلا شرعيا ، اعتمادا على القرآن الكريم ، والأحاديث النبوية ، وأقوال الفقهاء واجتهاداتهم في الموضوع .
- 5 - وضعنا خاتمة تضمنت أبرز وأهم النتائج .
- 6 - قمنا بوضع فهرس عامة تتضمن فهرس للآيات القرآنية وكذا فهرس للأحاديث النبوية وفهرس للأعلام وفهرس اشتمل على محتوى الموضوع .
- 7- إضافة إلى ذكر بعض الرموز ك (ق أ ج) تعني قانون الأسرة الجزائري و(م ع) المحكمة العليا .

صعوبات الدراسة :

أثناء إعدادنا لموضوع هذا البحث واجهتنا مجموعة من الصعوبات نذكر منها ما يلي :

- 1 - صعوبة الحصول على بعض المراجع في المكتبة .
- 2 - موضوع متشعب يحتاج إلى وقت وجهد كبيرين .
- 3 - قلة المراجع التي تناولت موضوع التقنين في فقه الأسرة في محل بحثنا هذا وهو كتاب القوانين الفقهية لابن جزي.

الخطة

الفصل التمهيدي : ترجمة ابن جزي ولمحة عن فقه الأسرة .

المبحث الأول : ترجمة ابن جزي .

المطلب الأول : التعريف بابن جزي .

المطلب الثاني : منهج المؤلف للكتاب .

المبحث الثاني : لمحة عن فقه الأسرة .

المطلب الأول : تعريف فقه الأسرة .

الفرع الأول : تعريف الفقه لغة واصطلاحاً .

الفرع الثاني : تعريف الأسرة لغة واصطلاحاً .

المطلب الثاني : نشأة وتطور قانون الأسرة .

الفصل الأول : مفهوم التقنين وتاريخه .

المبحث الأول : ماهية التقنين .

المطلب الأول : تعريف القانون لغة واصطلاحاً .

المطلب الثاني : التقنين لغة واصطلاحاً .

المطلب الثالث : مصطلحات ذات الصلة بالتقنين .

الفرع الأول : التدوين .

الفرع الثاني : التشريع

الفرع الثالث : التجميع .

المبحث الثاني : نشأة التقنين وتطوره .

المطلب الأول : تدوين القوانين عند الشعوب القديمة .

المطلب الثاني : دوافع التدوين عند الشعوب القديمة .

المطلب الثالث : بداية تأريخ التقنين في الفقه الإسلامي .

المبحث الثالث : حكم التقنين ومزاياه وعيوبه ودواعيه وضوابطه .

المطلب الأول : مشروعية التقنين .

الفرع الأول : المجيزون للتقنين

الفرع الثاني : المانعون للتقنين .

الفرع الثالث : الترجيح بين أقوال الفقهاء .

المطلب الثاني : مزايا التقنين وعيوبه والدواعي التي أدت إليه .

الفرع الأول : مزايا التقنين .

الفرع الثاني : عيوب التقنين .

الفرع الثالث : دواعي التقنين .

المطلب الثالث : ضوابط التقنين .

الفرع الأول : الضوابط الإجرائية .

الفرع الثاني : الضوابط الموضوعية .

الفصل الثاني : تقنين فقه الأسرة.

المبحث الأول : تقنين أحكام الطلاق أنموذجاً.

المطلب الأول: تعريف الطلاق وحكمه .

الفرع الأول : تعريف الطلاق لغة واصطلاحاً .

الفرع الثاني : حكمه ودليل مشروعيته

المطلب الثاني : أقسام الطلاق .

الفرع الأول : من حيث مطابقته للسنة .

الفرع الثاني : من حيث إمكانية المراجعة.

المطلب الثالث : في عدد الطلاق .

المبحث الثاني : أركان الطلاق وتعليقه .

المطلب الأول : ركن المطلق وشروطه .

المطلب الثاني : ركن المطلقة وشروطه .

المطلب الثالث : ركن الصيغة.

الفرع الأول : ألفاظ الطلاق.

الفرع الثاني : أنواع صيغة الطلاق .

خاتمة .

قائمة المصادر والمراجع .

الفصل التمهيدي

ترجمة ابن جزي ولمحة عن فقه الأسرة

المبحث الأول : ترجمة ابن جزي

المبحث الثاني : لمحة عن فقه الأسرة .

الفصل التمهيدي : ترجمة ابن جزي ولمحة عن فقه الأسرة .

ويشتمل على مبحثين :

المبحث الأول : ترجمة ابن جزي.

سنتكلم فيه في المطلب الأول عن التعريف بابن جزي ، أما بالنسبة للمطلب الثاني فسنتكلم فيه عن منهج المؤلف للكتاب .

المطلب الأول : التعرف بابن جزي¹ .

أولاً- اسمه ونسبته :

هو محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله بن يحيى بن عبد الرحمن بن يوسف بن سعيد بن جزي الكلبى² ، يكنى : أبا القاسم ، من أهل غرناطة ، وهومن ذوي الأصالة والنباهة فيها .

ثانياً- مولده ، ونشأته ، وأصله :

ولد أبو القاسم في تاسع عشر (19) من ربيع الأول ، عام ثلاثة وتسعين وستمائة (693) هـ الموافق لـ (1294) م ، ونشأ في بيت حسب نبيل وعلم مشهور في الأندلس الإسلامية ، وأصل فرعه ينتمي إلى حصن « ولمة »³ . وهو حصن من حصون البراجلة من الأندلس ، نزل به أولهم عند الفتح مع من يمت لهم بالقرابة النسبية ، أبي الخطار حسام بن ضرار الكلبى⁴ .

1 - أبو عبد الله بن عبد الله بن الخطيب، الإحاطة في أخبار غرناطة، حقق نصه ووضع مقدمته وحواشيه محمد بن عبد الله عنان، الشركة المصرية للطباعة والنشر مكتبة الجانجي بالقاهرة (1395هـ-1975م)، ج3، ص20.

2 - هذه النسبة إلى كلب بن وبرة ، بطن من قضاة ، من القحطانية ، انظر : ابن حزم ، جمهرة أنساب العرب ص 455.

3 - ذكر شهاب الدين التلمساني في أزهار الرياض في أخبار عياض ، مكتبة المدني ، دار الكتب الحديثة مصر . ((ولبة)) بدلا من ولمة من حصون البراجلة تقع في جنوب غرناطة ، في حين نجد أن ثغر ((ولبة)) يقع جنوب غربي إشبيلية ، ولذلك الأقرب إلى الصواب حصن ((ولمة)) .

4 - كان أمير الأندلس ووليها بعد قتل أميرها عبد الملك بن قطن ، فدانت له الأندلس وخدمت الفتنة به .

وبعد انقراض دولة المرابطين ، كان لجدّه يحيى بمدينة ((جيان))¹ رئاسة ، وانفراد في التدبير والملك² .

ثالثا- مكانته العلمية :

كان رحمه الله تعالى – نابغا في فنون شتى وعلوم متعددة ، فكان فقيها مالكيا ، محدثا ، مقرئا ، متكلمًا ، أدبيا ، نحويا لغويا ، حافظا متقنا ، مفسرا .

وكان مثاليا في العكوف على العلم ، والاقتصاد على الاقتنيات ، والاشتغال والتقيد ، والتدين ، تقدما خطيبا على حداثة سنه في الجامع الكبير ببلده ، فأمتع القلوب بحسن أسلوبه ، وملك الأفئدة بوعظه وإرشاده فكان صحيح الاعتقاد ، سليم الطوية اشتغل بالتدريس فتتلمذ عليه كثير من الناس³ .

رابعا- شيوخه :

أخذ الإمام العلم عن جمع كبير من أئمة عصره وفضلائهم ، ومن أشهرهم :

- أبو جعفر أحمد بن إبراهيم بن الزبير الغرناطي ، الأصولي ، الأديب ، المقرئ ، المفسر ، المؤرخ ، انتهت إليه الرئاسة في العربية ورواية الحديث والتفسير والأصول ، أخذ العلم من كبار العلماء في ذلك العصر منهم : أبو الحسن سعيد بن محمد الحفار ، وأبو المجد الحضرمي ، والقاضي أبي الخطاب عمر بن محمد بن خليل ، وغيرهم ، وأخذ عنه كثير من العلماء منهم : القاضي الشهيد محمد بن الأشعري ، وأبو البركات محمد بن محمد المعروف بابن الحاج ، وأبو حبان محمد بن يوسف الغرناطي ، وأبو القاسم بن جزي الذي أخذ عنه العربية والفقه ، والحديث والقرآن .

ومن مؤلفاتهم : البرهان في تناسب القرآن ، ملاك التأويل في متشابه اللفظ من التأويل⁴ ، وشرح الإشارة للباغي في أصول الفقه ، وسبيل الرشاد في فضل الجهاد ، توفي - رحمه الله - بغرناطة ودفن بها سنة 708 هـ⁵ .

¹ - مدينة في كورة كبيرة تجمع قرى كبيرة وبلدانا تقع في قلب الأندلس المسلمة ، ومدينة جيان الحديثة (JAEN) هي عاصمة الولايات الأندلسية المسماة بهذا الاسم . انظر معجم البلدان ج 2 ص 169.

² - الإحاطة في أخبار غرناطة، مصدر سابق ، ج 3 ، ص 20.

³ - نفس المصادر السابقة .

⁴ - طبع بتحقيق سعيد فلاح بدار المغرب الإسلامي ، بيروت سنة (1403 - 1983).

⁵ - الإحاطة ، ج 1 ص 188-193 . شجرة النور الزكية، ص 212.

- أبو القاسم قاسم بن عبد الله بن محمد بن الشاط الأنصاري السبتي ، الحافظ الفقيه المالكي الأستاذ النظار ، المتفنن في الفقه ، والأصول ، والفرائض ، والعربية ، والعلوم العقلية . أخذ عنه خلق كثير من أهل الأندلس ، وله تأليف منها : أنواع البروق في تعقب مسائل القواعد والفروق في الأصول ، تحفة الرائض في علم الفرائض ، تحرير الجواب في توفير الثواب ، وفهرسة حافلة ، توفي بسبته سنة 723هـ¹.

- أبو عبد الله محمد بن أحمد اللخمي المعروف بابن الكماد ، الإمام المقرئ ، الثبت ، العالم العمدة ، المتفنن في علوم شتى ، أخذ عن أعلام منهم : أبو الحسين بن باق ، وأبو علي بن أبي الأحوص ، وأبو جعفر بن الطباع ، وعنه ابن الفخار وغيره . ألف ، المقنع في تهذيب المقنع في القراءات ، توفي سنة 712هـ².

- أبو عبد الله محمد بن عمرو الفهري السبتي المعروف بابن رشيد ، العالم الحافظ ، المحدث ، النظار ، أخذ العلم عن كثير من الأئمة منهم : الحافظ عبد العظيم المنذري ، وأبو الفرج بن عبد الرحمن المقدسي ، وأبو إسحاق بن عساكر الدمشقي ، وأخذ عنه خلق كثير منهم : أبو البركات محمد بن محمد المعروف بابن الحاج ، وأبو الفضل عمر بن إبراهيم التيجاني ، وغيرهما .

ومن مؤلفاتهم : السنن الأبيئ في السند المعنعن³ ، إحكام التأسيس في أحكام التجنيس ، شرح كتاب في القوافي لشيخه أبي الحسن حازم ، توفي سنة 721هـ⁴ .

- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن يوسف بن أحمد بن عمر الهاشمي الطنجاني ، ولي فاضل ، من شيوخه : ولده ، أبو عمرو بن أحوط الله ، والقاضي أبو علي بن أبي الأحوص ، وغيرهم ، وأخذ عنه : محمد بن أحمد المنحجي ، ومحمد بن علي الغساني ، ومحمد بن عبد الرحمن التسلي الكرسوطي ، وغيرهم ، توفي سنة 724هـ⁵.

¹ - ابن فرحون، الديباج المذهب في اعيان علماء المذهب، وبهامش نيل الإبتهاج، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ص 235. و شجرة النور الزكية، ص 217.

² - الإحاطة ، مصدر سابق، ج3، ص 60-63.

³ - وهو مطبوع متداول بتحقيق الدكتور محمد الحبيب بن خوخة ، الدار التونسية للنشر 1977.

⁴ - شجرة النور الزكية، مرجع سابق، ص 216 .

⁵ - أحمد بن حجر العسقلاني ، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة ، حققه وقدم له ووضع فهارسه محمد جاد الحق، مطبعة المدني، دار الكتب الحديثة مصر، ج3، ص 462.

- كما روى عن جملة من أئمة عصره ، منهم : أبو الحسن بن مستقور ، وسمع على الشيخ الوزير أبي محمد عبد الله بن أحمد بن المؤذن ، وعلى رواية أبي الوليد الحضرمي ، وروى عن الشيخ الراوية أبي زكريا البرشاني ، وعلى الراوية الخطيب أبي عبد الله محمد بن محمد الأنصاري ، والقاضي أبي المجد علي بن أبي الأحوض ، والقاضي أبي عبد الله بن برطال ، والشيخ الوزير بن عامر بن ربيع .

خامسا- تلاميذه :

أخذ عن الإمام خلق كثير نقتصر على ما يأتي :

- لسان الدين أبو عبد الله محمد بن عبد الله ، السلماني ، الغرناطي ، المعروف بابن الخطيب ، صاحب الفنون المنوعة ، والتأليف المتعدد . أخذ عن أعلام في عصره منهم : ابن الفخار ، وأبو عبد الله العواد ، وأبو البركات بن الحاج وعنه جماعة منهم : الوزير بن زمرك ، وأبو بكر بن عاصم ، وألف نحو ستين كتابا في فنون العلم منها : الإحاطة في أخبار غرناطة ، حمل الجمهور على سنن المشهور ألفية في الأصول ، البيطرة في محاسن الخيل وغيرها ، جزء في الطب ، توفي شهيدا بفاس سنة 776 هـ¹ .

- أبناؤه الثلاثة النجباء :

أبو محمد عبد الله بن محمد بن أحمد بن محمد بن جزي ، الأديب الحافظ ، المشهود له بطول الباع في اللسانيات . من شيوخه : ابن الخطيب ، أبو البركات محمد بن الحاج ، أبو القاسم محمد بن أحمد الحسني السبتي ، أبو سعيد فرج بن لب الغرناطي ، ومن تلاميذه : القاضي أبو بكر محمد بن عاصم القيسي ، محمد بن أحمد بن مرزوق . ومن مؤلفاته : ((مطلع اليمين والإقبال في انتفاء كتاب الاحتفال واستدراك ما فاتته من المقال))² . ((شعر نبيل الأغراض حسن المقاصد)) . ولم تذكر كتب التراجم تاريخ وفاته³ .

أبو بكر أحمد بن أبي القاسم محمد بن جزي ، أحد الجهابذة ، الفقيه المتقن الكامل ، وله مشاركات حسنة في فنون من فقه ، وعربية وأدب ، ورواية ، وشعر ، لازم والده ، وأخذ عنه ، وعن بعض معاصري أبيه ، وانتفع به أبي بكر بن عاصم وغيره ، وتولى الكتابة السلطانية ، وقضاء الجماعة

¹ - أحمد بن محمد المقرئ التلمساني، نفع الطيب من غصن الأندلس الرطيب، حققه د. حسان عباس، دار صادر، بيروت ، لبنان، (1388 - 1968) ، ص 5-7 وما بعدها .

² - هو كتاب مطبوع تحت عنوان : ((كتاب الخيل)) ، حققه وقدم له ، محمد العربي الخطابي ، دار المغرب الإسلامي- بيروت - لبنان ، (1406 هـ - 1986 م) .

³ - الإحاطة ، مصدر ، سابق ، ج 3 ، ص 392 .

بغرناطة ، والخطابة بجامعة ، وله تقييد في الفقه على كتاب والده المسمى ((القوانين الفقهية)) وله رجز في الفرائض ، توفي سنة 785هـ¹.

أبو عبد الله محمد بن محمد بن أحمد بن جزري ، كان بارعا في النشر والنظم ، بصير بالحديث ، خبير بالأصول ، أخذ نع والده وجملة من أقرانه ، ومن عمله أنه جمع رحلة العالم أبي عبد الله محمد بن عبد الله الطنجي المعروف ((بابن بطوطة))² ، توفي سنة 757هـ³ .

أبو عبد الله محمد بن قاسم بن أحمد بن إبراهيم الأنصاري ، المعروف بالشُّدَّيد ، من أهل الطلب والذكاء ، أخذ العلم نع كثير من الأئمة منهم : أبو عبد الله الطنجاني ، وأبو العباس الحسني وتلا عن أبي عبد الله المنعم ولازمه ، وتلا على القاسم بجزري⁴

سادسا - مصنفاته :

لقد ترك الإمام أبو القاسم ثروة من الكتب لا بأس بها في علوم شتى ، وفنون متنوعة ، تشهد له بالعلم ، قال ابن الخطيب : ((كان جماعة للكتب ملكي الخزانة))⁵ ، وقال الحضرمي : ((برنامج لا بأس به))⁶ . ومن هذه الكتب :

1 - وسيلة المسلم في تهذيب صحيح مسلم .

2 - الدعوات والأذكار المتخرجة من صحيح الأخبار .

¹ - التلمساني ، نفع الطيب من غصن الأندلس الرطيب ، مصدر سابق ، ج5 ، ص 517.

² - وتوجد من هذه الحلة نسخة من مخطوطة بالخزانة الملكية بالرباط ، تحت رقم : 3488.

³ - نفع الطيب ، ج5 ، ص 526-539 . أزهار الرياض ، ج3 ، ص 189 ، شجرة النور الزكية ، ص 213.

⁴ - الإحاطة ، ج3 ، مصدر سابق ، ص 196-199.

⁵ - المصدر نفسه ، ص 20.

⁶ - ابن فرحون ، نيل الابتهاج ، ص 239.

- 3 - الأنوار السنية في الكلمات السنية¹ .
 - 4 - النور المبين في قاعد عقائد الدين .
 - 5 - المختصر البارع في قراءة نافع .
 - 6 - الفوائد العامة في لحن العامة .
 - 7 - التنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية .
 - 8 - أصول القراء الستة غير نافع .
 - 9 - تقريب الوصول إلى علم الأصول .
 - 10 - فهرسة كبيرة على من علماء الشرق والغرب .
 - 11- القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية ، وهو الكتاب الذي بين أيدينا محل بحثنا .
- إلى غير ذلك من الكتب مما قيد في التفسير² ، والقراءات وغيرهما .

سابعا - أخلاقه وشعره ووفاته :

كان الإمام أبو القاسم على جانب كبير من المروءة والورع ، والعفة ، والطهارة ، قال تلميذه الحضرمي في فهرسته : ((كان رجلا ذا مروءة كاملة ، حافظا متقنا ، ذا أخلاق فاضلة ، وديانة وعفة وطهارة ، وشهرته دينا وعلما أغنت عن التعريف به)) . وتنعكس هذه الصفات الحميدة في بعض أبياته الشعرية ، فيقول في مذهب الفخر وهو يفخر بعفته :

¹ - طبع بمطبعة السعادة بالقاهرة سنة 1387هـ ، وتوجد منه عدة نسخ خطية بالخرزانة الملكية بالرباط ، تحت الأرقام التالية : 6150 . 7307 . 5468 . 9260 . وطبع نع مخطوطة أصلية بالمكتبة الكونونية - دار الكتب- الجزائر - 1983 .
أورد أحمد بن محمد المقرئ تشكيكا في نسبة كتاب الأنوار السنية إلى المؤلف لاحتمال أن يكون تأليف ولده أبي بكر أحمد، حيث يقول في نفع الطيب ج5 ص517 ، أما أبو بكر فهو الذي ألف أو أبوه الأنوار السنية ، أما في كتاب أزهار الرياض ، ج3 ، ص187 ، فإنه يورد تأكيد في نسبة تأليف الكتاب للوالد لأجل الولد حيث يقول : ((.. هو الذي ألف له أبوه الأنوار السنية)) وذلك باستبدال ((أو)) في العبارة الأولى بـ ((له)) في العبارة التالية.
والظاهر أنه من تأليف الأب لمل وردت نسبة الكتاب إليه حقيقة في كتب متعدد منها :
كتاب الإحاطة لتلميذه ، لسان الدين ابن الخطيب (21/3) .

² - وهو كتاب تفسير القرآن الكريم المعروف بعنوان ، التسهيل لعلوم التنزيل ، وقد طبع تفسيره تحت إشراف لجنة تحقيق التراث في دار الكتاب العربي - بيروت - 1403هـ - 1988م.

وَكَمْ مِنْ صَفْحَةٍ كَالشَّمْسِ تَبْدُو فَيُسْأَلِي حُسْنُهَا قَلْبُ الْحَزِينِ
عَضَضْتُ الطَّرْفَ عَنْ نَظْرِي إِلَيْهَا مُحَافِظَةٌ عَلَى عِرْضِي وَدِينِي¹

وسلك في أبيات أخرى مسلك الجماعة : كأبي العلاء المعري ، والرئيس بن المظفر ، وأبي الحجاج بن الشيخ ، وأبي الربيع بن سالم ، وأبي علي بن أبي الأحوص ، وغيرهم ، حيث يقول في أبياته الغينية:

لكل بني الدنيا مراد ومقصد وإن مرادي صحة وفراغ
لأبلغ في علم الشريعة مبلغ يكون به لي للجنان بلاغ
وفي هذا فلينافس أولوا النهى وحسبي من الدنيا الغرور بلاغ
فما الفوز إلا في نعيم مؤبد به العيش رغد والشراب يساغ

ويظهر في موقف آخر مشفقا من ذنبه متضرعا إلى ربه حيث يقول :

يا رب إن ذنوب اليوم قد كثرت فما أطيق لها حصرا ولا عددا
وليس لي من عذاب النار من قبل ولا أطيق لها صبورا ولا جلدا
فانظر إلهي إلى ضعفي ومسكنتي ولا تذيقني حر الجحيم غدا

ومن مشهور نظمه ماله في الجناب النبوي حيث يقول :

أروم امتداح المصطفى فيردني قصوري عن إدراك تلك المناقب
ومن لي بحصر البحر والبحر زاهر ومن لي بإحصاء الحصى والكواكب

¹ - ابن فرحون ، نيل الابتهاج ، مصدر سابق ، ص 239 .

إلى أن يقول :

ولو أن كل العالمين تألقوا على مدحه لم يبلغوا بعض واجب
فأمسكت¹ عليه هيبة وتأدبا وخوفاً² وإعظاماً لا رفع جانب
ورب سكوت كان فيه بلاغة ورب كلام كان فيه عتب لعائب³
وكان قصد الإمام أبي القاسم يتطلع إلى الظفر به ، وبأمل الحصول عليه هو الشهادة الخالصة في
سبيل الله تعالى ، تكون له تكفيراً للذنوب ونجاة من النار .

وفي هذا المعنى ، فإن لأبي القاسم من الشعر ما يترجم هذه الغاية حيث يقول :

قصدي المؤمل في جهري وإسراري ومطلبي من الإله الواحد الباري
شهادة في سبيل الله خالصة تمحوا ذنوبي وتتجيني من النار
إن المعاصي رجس لا يطهرها إلا الصوارم من إيمان الكفار
وقد حقق الله قصده ، فاستشهد الإمام يوم الكنانة بطريف ، وهو يحرض الناس ، ويشحذ بصائرهم،
وذلك ضحوة الاثنين السابع لجمادى الأولى عام أحد وأربعين وسبع مائة⁴ (741 هـ الموافق 1340 م) ،
تغمده الله برحمته وأسكنه فسيح جناته .

1 - هكذا في الإحاطة ، والنفع والديباج ، أما في أزهار الرياض فالوارد ((فاقترضت)) .
2 - هكذا في الإحاطة والديباج ، أما في النفع والأزهار فالوارد : ((وعجزا)) .
3 - هكذا في الإحاطة والنفع والديباج ، أما في أزهار الرياض فالوارد : ((كلام فيه عيب لعائب)) .
4 - نفس المصادر السابق ذكرها .

المطلب الثاني : منهج المؤلف في الكتاب .

1 - بيان طريقته في التأليف .

قال ابن جزى في مقدمة كتابه : أما بعد فهذا كتاب في قوانين الأحكام الشرعية ، ومسائل الفروع الفقهية ، على مذهب إمام أهل المدينة أبي عبد الله مالك بن أنس الأصبحي رضي الله عنه إذ هو الذي اختاره أهل بلادنا بالأندلس وسائر المغرب اقتداء بدار الهجرة وتوفيقاً من الله تعالى وتصديقاً لقوله ﷺ (لا يزال أهل المغرب ظاهرين على الحق حتى تقوم الساعة) ثم زدنا إلى ذلك التنبيه على كثير من الاتفاق والاختلاف بين الإمام المسمى وبين الإمام أبي عبد الله أحمد بن إدريس الشافعي والإمام أبي حنيفة النعمان بن ثابت والإمام أبي عبد الله بن حنبل لتكامل بذلك الفائدة ويعظم الانتفاع ، فإن هؤلاء الأربعة هم قدوة المسلمين في أقطار الأرض وأولوا الإتيان والأشياء . وربما نبهت على مذهب غيرهم من أئمة المسلمين كسفيان الثوري ، والحسن البصري ، وعبد الله بن المبارك ، وإسحاق بن راهويه ، وأبي ثور ، والنخعي ، وداوود بن علي إمام الظاهرية – وقد أكثرنا من نقل مذهبه – والليث بن سعد ، وسعيد بن المسيب ، والأوزاعي وغيرهم رضي الله عنهم أجمعين ، فإن كل واحد منهم مجتهد في دين الله ومذاهبهم طرق موصلة إلى الله . واعلم أن هذا الكتاب ينيف على سائر الكتب بثلاث فوائد :

الفائدة الأولى : أنه جمع بين تمهيد المذهب وذكر الخلاف العالي بخلاف غيره من الكتب فإنها في المذهب خاصة أو في الخلاف العلي خاصة .

الفائدة الثانية : إنا لمحناه بحسن التقسيم والترتيب ، وسهلناه بالتهذيب والتقريب ، فهم فيه من تقسيم قسيم وتفصيل أصيل يقرب البعيد ويلين الشريد .

الفائدة الثالثة : إنا قصدنا إليه الجمع بين الإيجاز والبيان ، على أنهما قلة ما يجتمعان ، فجاء بعون الله سهل العبارة ، لطيف الإشارة ، تام المعاني مختصر الألفاظ حقيقاً بأن يلهج به الحفاظ¹ .

¹ - ابن جزى ، القوانين الفقهية ، ص 07.

2 - بيان اصطلاح الكتاب وترتيبه¹.

إذا تكلمنا في المسألة قيدنا أولاً بمذهب مالك ثم نتبعه بمذهب غيره إما نصاً وتصريحاً وإما إشارة وتلويحاً وإذا سكتنا عن حكاية الخلاف في مسألة فذلك مؤذن في الأكثر بعدم الخلاف فيها ، وإذا ذكرنا الإجماع والاتفاق فنعني إجماع الأمة .

وإذا ذكرنا الجمهور فنعني اتفاق العلماء إلا ما شذ قوله ، وإذا ذكرنا الأربعة فنعني مالكا والشافعي وأبا حنيفة وابن حنبل وفي ذلك إشعار بمخالفة بعض العلماء له وربما صرحنا بذلك .

وإذا قلنا قال قوم أو خلافاً لقوم فنعني خارج المذاهب الأربعة ، وإذا ذكرنا الثلاثة فنعني مالكا والشافعي وأبا حنيفة وفي ذلك إشعار بمخالفة أحمد بن حنبل لهم أو أنه لو لم ينقل له مذهب في تلك المسألة . وإذا ذكرنا الإمامين فنعني مالكا والشافعي وإذا ذكرنا ضمير الاثنين كقولنا عندهما أو خلافاً لهما فنعني الشافعي وأبا حنيفة ، وإذا ذكرنا ضمير الجماعة فقلنا عندهم أو خلافاً لهم وشبه ذلك فنعني الشافعي وأبا حنيفة وابن حنبل ، وإذا قلنا المذهب فنعني مذهب مالك وفي ذلك إشعار بمخالفة غيره .

وإذا قلنا المشهور فنعني مشهور مذهب مالك وفي ذلك إشعار بخلاف في المذهب ، وإذا قيل كذا أو اختلف في كذا أو في كذا قولان فأكثر فنعني في المذهب ، وإذا قلنا روايتان فنعني عن مالك وأكثر ما نقدم القول المشهور.

2 - بيان ترتيب الكتاب :

اعلم أنني افتتحته بعقيدة سنية وجيزة تقديماً للأهم فلا جرم أن الأصول أهم من الفروع ، ومن الحق تأخير التابع وتقديم المتبوع ، ثم قسمت الفقه إلى قسمين أحدهما فغي العبادات والآخر في المعاملات وضمنت كل قسم عشرة كتب على مائة باب منحصرة في عشرين كتاباً ومائتي باب .

القسم الأول : فيه من الكتب .

كتاب الطهارة ، كتاب الصلاة ، كتاب الجنائز ، كتاب الزكاة ، كتاب الصيام والاعتكاف ، كتاب الحج ، كتاب الجهاد ، كتب الأيمان والندور ، كتاب الأطعمة والأشربة والصيد والذبائح ، كتاب الضحايا والعقيقة والختان .

¹ - ابن جزي ، القوانين الفقهية ، ص 08-09.

القسم الثاني : وفيه من الكتب .

كتاب النكاح ، كتاب الطلاق وما يتصل به ، كتاب البيوع ، كتاب العقود المشاكلة للبيوع ، كتاب الأفضية والشهادات ، كتاب الأبواب المتعلقة بالأفضية ، كتاب الدماء والحدود ، كتاب الهبات وما يجانسها ، كتاب الفرائض والوصايا ، ثم ختمته بكتاب الجامع وهو يحتوي على عشرين بابا .

وإنما انحصرت الكتب والأبواب في هذا العدد لأنني ضمنت كل شكل إلى شكله وألحقت كل فرع بأصله وربما جمعت في ترجمة واحدة ما يفرقه الناس في تراجم كثيرة رعا للمقاربة والمشاكلة ورغبة في الاختصار .

المبحث الثاني : لمحة عن فقه الأسرة .

سنترك فيه في المطلب الأول عن تعريف فقه الأسرة ، أما بالنسبة للمطلب الثاني فسنترك فيه عن نشأة وتطور قانون الاسرة .

المطلب الأول : تعريف فقه الأسرة .

الفرع الأول :تعريف الفقه لغة واصطلاحاً .

1 - الفقه لغة :

يأتي بمعنى العلم بالشيء والفهم له قال تعالى حكاية عن موسى : ﴿ وَاحْلُلْ عُقْدَةً مِّن

لِسَانِي ﴿ۙ﴾ يَفْفَهُوْا قَوْلِي ﴿ۙ﴾ (1).

وكذلك يأتي بمعنى دقة الفهم ولطف الإدراك ومعرفة غرض المتكلم قال تعالى : ﴿ قَالُوا يَشْعَبِ

مَا نَبْفَهُ كَثِيرًا مِّمَّا تَقُولُ ﴿ۙ﴾ (2). وقال تعالى : ﴿ قِمَالٍ هُنَّ لِيَّ الْفُقُومِ لَا يُكَادِرُْنَ يَفْفَهُوْنَ

حَدِيثًا ﴿ۙ﴾ (3).

أما الفقه في اصطلاح العلماء : فهو " العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية " (4).

قولهم : " العلم " : ليس جميع الأحكام الشرعية وإنما يكفي منه جملة، وما هو مستدرك فيه روح الاستنباط والفهم الدقيق للمسائل . ومن هنا تسمى هذه الجملة " فقها " ويسمى صاحبها " فقيهاً " .

(1) سورة طه ، [27-28] .

(2) سورة هود ، [91].

(3) سورة النساء ، [78] .

(4) علي بن محمد الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام ، تحقيق سيد الجيل ، دار الكتاب العربي ، بيروت، ط2 1982م ، ج1 ص3 ، وانظر : محمد بن علي الشوكاني إرشاد الفحول ، دار الفضيلة للنشر والتوزيع ، الرياض ، ج1 ، ط 18 ، ص 7 .

قولهم : الأحكام : هو ما يثبت للمكلفين من وجوب وندب وحرمة وكراهة أو إباحة أو صحة أو فساد أو بطلان .

وقد قيدت هذه الأحكام بما يلي :

كونها : " شرعية" حتى يخرج منها الأحكام " العقلية" كالعلم أن الواحد نصف الاثنين ، وأن العالم حادث .

وأيضاً يخرج منها : الأحكام "الحسية" والثابتة بالحس كالعلم بأن النار محرمة. ولا الأحكام الثابتة " بالتجربة" كالعلم بأن السم قاتل.

ولا الأحكام " الوضعية" : من وضع البشر مثل العلم بأن كان وأخواتها ترفع المبتدأ وتنصب الخبر .

- ثم قيدت هذه الأحكام بكونها : " عملية" وهي ما تعلقت بأفعال المكلفين من صلاة وبيع وشراء وجناية حتى يخرج منها :

الأحكام الاعتقادية فهي مهمة علم التوحيد ، والأحكام الأخلاقية التي من مهمة علم الأخلاق وغيرهما.

- وقيدت أيضاً بكونها " مكتسبة من الأدلة التفصيلية": أي مستفادة عن طريق النظر والاستدلال من دلائل الشرع المتمثلة في الكتاب والسنة ومما هو مقيس عليهما بالاجتهاد والرأي . مثل استفادة الحكم

الكلي الجماعي من دليل جزئي وهو قوله تعالى: ﴿ وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ

الْحَيْلِ ﴾⁽¹⁾ الذي دل على حكم شرعي وهو وجوب إعداد القوة من قبل الجماعة لإرهاب العدو.

فقد فهمنا من أن مهمة الفقيه تتبع كل حكم في مسألة معينة مستتيراً بعلم الأصول المتمثل في وضع الأدلة الثابتة بالشرع وصياغة قواعد الاستنباط ومناهج الاستدلال⁽²⁾.

(1) سورة الأنفال 60.

(2) انظر : محمد سلام مذكور – مباحث الحكم ، مكتبة وهبة ، القاهرة ، مصر ، ص 5 ، ود. عبد الكريم زيدان . الوجيز في أصول الفقه، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ص 8.

الفرع الثاني : تعريف الأسرة لغة واصطلاحاً .

الأسرة في اللغة : يطلق الأسر على المفاصل والشد والعصب ، ومنه : الأسرة من الرجل : رهطه الأذنون وعشيرته التي يتقوى بها والدرع الحصينة⁽¹⁾.

والأسرة في الاصطلاح الفقهي : تطلق ويراد بها الأب والأم وما انبثق منها من ذرية أبناء وبنات وأخوة وأخوات ، أعمام وعمات وعاقلة الفرد⁽²⁾ بحيث يقرب المعنى الاصطلاحي من اللغوي .

(¹) أحمد رضا : معجم متن اللغة مادة " أسر " وانظر ابن منظور لسان العرب مادة أسر .

(²) انظر : ابن تيمية ، مجموع الفتاوى 52/34 وما بعدها . والموسوعة الفقهية ج31/31-32 د. عبدالرحمن الطريفي تعنيس النساء ، مجلة العدل السعودية ع31، ص 86-87.

المطلب الثاني : نشأة وتطور قانون الأسرة .

لقد مر قانون الأسرة الجزائري عند نشأته وتطوره بثلاث مراحل ، بحيث نجد أن المرحلة الأولى هي مرحلة ما قبل الاحتلال الفرنسي للجزائر أما الثانية فهي مرحلة الاحتلال والثالثة من الاستقلال إلى يومنا هذا .

المرحلة الأولى : قبل الاحتلال الفرنسي للجزائر كانت أحكام الشريعة الإسلامية هي القانون المعمول به والمطبق في جميع ميادين الحياة العامة ومنها نظم الأسرة ، وكانت أحكام المذهب المالكي هي المطبقة على الأهالي في جميع ميادين الحياة العامة ، بل كان المذهب المالكي تحديدا هو المطبق على الأهالي في كل أنحاء الوطن باستثناء السكان الأتراك ، فقد كانوا يخضعون للمذهب الحنفي ، وكذلك الإباضيين فقد كانوا يحتكمون للمذهب الإباضي¹ .

المرحلة الثانية : بعد احتلالها من قبل الاستعمار الفرنسي سنة 1830 م ، بدأت تتعرض إلى حملة من الهجمات الشرسة بغية القضاء على الفقه الإسلامي واستبدال القانون الفرنسي به ، فزعموا أن القانون الإسلامي غير قابل للتطور ، ملؤه الجمود والتقليد ، ثم عمدوا إلى إصدار سلسلة من القوانين لزعزحة القانون الأصيل ، ومنها محاولات (مارسيل مورن) الذي وضع سنة 1916 م مشروعا لقانون الأحوال الشخصية لكنه ولد ميتا بعدما قاومه الشعب الجزائري .

واستمرت محاولات فرنسا في إصدار قوانين أخرى منها قانون 02 ماي 1931 م ، المتعلق بالخطبة والزواج ، ومرسوم 19 ماي 1931 م المتعلق بالحالة القانونية للمرأة الجزائرية ، والأمر الصادر في 23 نوفمبر 1944 م المتعلق بتنظيم القضاء الإسلامي والقانون الصادر في 11 جويلية 1957 م والمتعلق بأحكام المفقود والوصية والحجر وكيفية إثبات الزواج ، والأمر الصادر في 04 فيفري 1959 م ، والمرسوم الصادر في 17 سبتمبر 1959 م ، المتعلقان بتنظيم الزواج وانحلاله في الجزائر² .

المرحلة الثالثة : لقد استقلت الجزائر سنة 1962 م ، ولمواجهة الفراغ التشريعي والقانوني لجأت إلى تطبيق القانون رقم 62 / 1957 الصادر في 1992/12/31 م ، الذي ينص على ضرورة استمرار العمل بالقانون الفرنسي عدا مواد الاستعمارية العنصرية أو المخالفة للحقوق والحريات العامة .

¹ - عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، دار الخلدونية ، ط1 ، س 1428 هـ - 2007 م ، ص 14 .

² - سليمان ولد خسال ، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري ، دار طليطلة ، د.ط ، س 1432 هـ - 2010 م ، ص 10 .

وما بين سنة 1963 إلى 1984 صدرت سلسلة من القوانين والأوامر تتعلق بأحكام الأسرة منها قانون 29 جوان 1963م المتعلق بتنظيم سن الزواج وإثبات العلاقات الزوجية ، والأوامر في 03 جوان 1966م إلى و 16 سبتمبر 1969م - 22 سبتمبر 1971م والخاصة بكيفية إثبات الزواج إلى أن ألغي الأمر 29/73 الصادر في 05 جويلية 1975م القانون رقم 1957/62م وكذلك القوانين الفرنسية الداخلية.

لما جاءت سنة 1984 استبشر الشعب الجزائري بقانون الأسرة رقم 11/84 في شهر رمضان الفضيل ، ثم عدل وتمم بالأمر رقم 02/05 سنة 2005م¹.

لقد عمد المشرع الجزائري بعد الاستقلال مباشرة إلى جعل الفقه الإسلامي أساسا لقوانينه وتشريعاته، تحقيقا للاستقلال القانوني ، وبعثا للنهضة التشريعية ، بهدف التخلص من عيوب التبعية القانونية ، واستكمال مقومات الشخصية الوطنية ، بإحلال القوانين الوطنية محل القوانين الأجنبية التي مازالت تجمد الأفكار الاستعمارية . وهذا اتجاه أصيل وعقلاني لسدّ الفراغ القانوني والتشريعي وخلق نهضة حقوقية شاملة ، بتطوير المنظومة التشريعية وإرساء دعائم استقلالية القضاء وسيادة دولة القانون ، وعصرنة أجهزة العدالة وهيكلها باستخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة² .

¹ - سليمان ولد خصال ، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص 10-11 .
² - بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحد اجتهادات المحكمة العليا) أحكام الزواج ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط6 ، س 2010م ، ج 1 ، ص 20

الفصل الأول

مفهوم التقنين وتاريخه .

المبحث الأول : ماهية التقنين .

المبحث الثاني : نهضة التقنين وتطوره

المبحث الثالث : حكم التقنين ومزاياه وعيوبه وحدوائه وضوابطه

الفصل الأول: مفهوم التقنين وتاريخه .

ويشتمل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : ماهية التقنين .

سنتكلم فيه في المطلب الأول على تعريف القانون ، أما بالنسبة للمطلب الثاني فسنتكلم فيه عن تعريف التقنين ، وفي المطلب الثالث سنتكلم عن المصطلحات ذات الصلة بالتقنين .

المطلب الأول : تعريف القانون لغة واصطلاحاً .

1- القانون لغة : القانون مقياس كل شيء وطريقه ، جمع قانون، قيل رومية وقيل فارسية¹.

والقانون كلمة ليست من كلام العرب بل هي دخيلة كما حكى غير واحد من علماء اللغة ، كما اختلفوا في أصلها ، فقيل رومية ، وقيل فارسية ، وقيل سريانية ، وقيل يونانية ومهما كان أصلها فقد شاع استعمالها في اللغة العربية بمعنى المقياس الذي تقاس به الأشياء ، وربما عبّر بعضهم على ذلك بالأصل أو الطريق ، وقد كان السريان يطلقونها بمعنى المسطرة .

وتذكر المعاجم الفرنسية أن أصلها يوناني بمعنى القاعدة والنظام ثم بانّت هذه الكلمة تطلق على كل قاعدة كلية إلزامية كقول النحاة : قانون الصحة ، قوانين الطبيعة .

ثم جرى التوسع في استعمالها حتى أطلق لفظ القوانين على الكتب المختصرة التي تجعل تذاكير لكتب مطلوبة. وربما كان دخول هذه المفردة إلى العربية ، إنما راجع بعد حركة

الترجمة في العصر العباسي ، فكثرت استخدامها في كلام العرب ومصنفاتهم بعد ذلك بمعنى القاعدة والمقياس بل سمي الكثير من العلماء مصنفاتهم بذلك⁽²⁾ .

¹ - محمد مرتضي الحسيني الزبيدي ، تاج العروس من جواهر القاموس ، تحقيق عبد الكريم العزبوي ، التراث العربي (الكويت) ط1 (1422 هـ _ 2001م) ، ص 24 .

² - هيثم فهد بن عبد الرحمان الرومي ، الصياغة الفقهية في العصر الحديث دراسة تأصيلية ، دار التدميرية وابن حزم ، (الرياض) ، ط1 (1433 هـ ، 2012م) ، ص 353 – 354 .

ولم يستعمله علماء المسلمين في العصور الأولى بمعنى الشرع ، أو الحكم الشرعي ، كما لم يستعملوا الشارع أو المشرع في واضع القانون أو المقنن ، وإنما استعمل ذلك المتأخرون الذين تأثروا بدراسة القوانين الوضعية ، فأطلقوا مصطلحات الشريعة عليها واصطلاح الفقه الإسلامي يأبى ذلك كل الإباء⁽¹⁾.

2- القانون اصطلاحاً : أمر كلي ينطبق على جميع جزئياته التي تعرف أحكامه منه " 2 ، وفي " لسان العرب : " قانون كل شيء طريقه ومقياسه ، قال ابن سيده : وأراها دخيلة³ ، وبمعنى "القاعدة " كما في تعريفات الجرجاني : أمر كلي ينطبق على جميع جزئياته التي تعزف أحكامه منه ، كقول النحاة : الفاعل مرفوع⁽⁴⁾ .

وقد عرفه ساجقلي المرعشي بأنه : " قضية كلية يعرف منها أحكام جزئيات موضوعها "⁽⁵⁾.

وجاء في " معجم لغة الفقهاء " : " القانون : لفظ معرّب جمعه قوانين المقياس من كلّ شيء .

- أمر كلي منطبق على جميع جزئياته (canon) .

- النظام المكتوب التي تعمل به الحكومة يطبقه الشعب (law) .

وفي " المُنجد " : " القانون مجموعة الشرائع والنظم التي تنظم علاقات المجتمع سواء من جهة الأشخاص أو من جهة الأموال وهي كثير "⁽⁶⁾ .

وقال القاسم هو : " مجموعة من القواعد الملزمة ذات عنصر جزائي تدرّها سلطة مختصة "⁽⁷⁾.

والقانون له معنيان⁽⁸⁾ :

1 - عام : " مجموعة القواعد التي تحكم سلوك الأفراد وعلاقاتهم بالمجتمع " .

2 - خاص : " قاعدة أو مجموعة من القواعد تضعها السلطة المختصة لتنظيم أمر معين " .

¹ - مناع القطان ، تاريخ التشريع والفقه ، مكتبة المعارف ، (الرياض) ، ط2 (1417 هـ - 1996 م) ، 12 - 13 .

² - رافع جاسم سعود القيسي ، نظرات في تقنين الفقه الإسلامي ، مركز نماء للبحوث والدراسات ، ص48

³ - ابن منظور ، لسان العرب ، دار المعارف القاهرة (د،ط) ، 3759. /5 .

⁴ - علي بن محمد الجرجاني ، التعريفات ، إبراهيم الأبياري (تحقيق) ، (دار الريان للتراث ، د.ط.ت) ص219 .

- ساجقلي زاده المرعشي ، تقرير القوانين المتداولة من علم المناظرة ، مخطوط محفوظ في معهد دراسات الثقافة⁵

الشرقية بجامعة طوكيو باليابان ، رقم (1017) صحيفة رقم 2-أ

⁶ - الأب مألوف الموسوي ، المنجد في اللغة العربية والأعلام ، ط21 ، دار المشرق ، بيروت ، ص656 .

⁷ - عبد الرحمان عبد العزيز القاسم ، الإسلام وتقنين الأحكام ، (القاهرة : الناشر : بدون ، ط2 ، 1977م) ص55

⁸ - حسين سعيد (إشراف) ، الموسوعة الثقافية ، (القاهرة : دار المعرفة ، د.ط ، 1972م) ص747 .

والقانون ليس صناعة واحدة بل هو صناعات متعددة ، فهناك :

- صناعة القضاء .

- صناعة الفقه .

- صناعة التشريع .

- صناعة التقنين : وهذه هي التي تعنينا ويهمننا معرفتها وقواعدها وتاريخها وضوابطها

ومناهجها وأساليبها ، للإفادة منها في كيفية تقنين الفقه الإسلامي (1) .

¹ - محمد زكي ، تقنين الفقه الإسلامي (المبدأ والمنهج والتطبيق) ، طبع على نفقة إدارة إحياء التراث الإسلامي بدولة قطر ، ط2 (1427 هـ - 1986م) ، ص 77 - 78 .

المطلب الثاني : التقنين لغة واصطلاحاً .

1- التقنين لغة : بالرجوع إلى كلمة " قَنَّ " وهي المشتق اللفظي لكلمة " تقنين " في المعاجم نجد معاني مغايرة لما عليه الاستخدام الحديث ، ففي " لسان العرب " : القَنَّ : العبد، وقال ابن سيده : العبد القن الذي مُلِكَ أبوه ... قال الأصمعي : القن الذي أبوه مملوكا لمواليه ، كأن القن مأخوذ من القنية وهي الملك ... والقنة : القوة من قوى الحبل ... والقنية بالكسر والتشديد من الزجاج : الذي يجعل الشراب فيه ... والاقنتان : الانتصاب ... والقنة الجبل الصغير السهل ، والتقنين لعبة للروم يتقامرون بها ، وقيل : التقنين الضرب بالتقنين ، وهو الطنبور بالحبشة ، ويقال : النرد، قال الأزهري: وهذا هو الصحيح . وورد عن علي- كرم الله وجهه :- (نهينا عن الكوبة والغبيراء والتقنين) ... والتقنن والقناقن : المهندس الذي يعرف الماء تحت الأرض، قال : وأصلها فارسي ، وسئل ابن عباس: " لم تفقد سليمان الهدد من بين الطير؟ قال لأنه كان قناقناً يعرف الماء تحت الأرض " (1) .

وبالنظر إلى هذه المعاني يلاحظ أنها بعيدة عن الاستخدام الحديث ذلك أن المقصود بالتقنين حديثاً لا يمكن ربطه بهذه المعاني الواردة في المعاجم اللغوية القديمة، ويظهر أن أغلب التعريفات الحديثة إنما ترجمت عن المعاجم أو تأثرت بها، ففي المعاجم الأجنبية يدور معنى التقنين حول سن القوانين أو تدوينها أو وضعها أو جمعها، ويطلق عليه البعض : ((مدونة القوانين)) (2) .

وجاء في ((المعجم الوسيط)) : ((قَنَّ : وضع القوانين)) (3)، أما لو أردنا ربط كلمة ((تقنين)) بالمعاني اللغوية الواردة في المعاجم اللغوية فإن معنى ((القوة من قوى الحبل)) - الوارد آنفاً - هو الأقرب .

2- التقنين اصطلاحاً : التقنين (codification) عبارة عن جمع القواعد الخاصة بفرع من فروع القانون - بعد تبويبها وترتيبها وإزالة ما قد يكون بينها من تناقض وفيها من غموض - في مدونة (code) واحدة ، ثم إصدارها في شكل قانون (loi) تفرضه الدولة ، عن طريق الهيئة التي تملك سلطة التشريع أو العرف أو العادة أو القضاء أو غير ذلك من مصادر القانون .

1 - ابن منظور ، لسان العرب ، مرجع سابق ، 5 / 3758 - 3759 مادة (قنن) .

2 - أحمد زكي بدوي، معجم المصطلحات القانونية : فرنسي - إنجليزي - عربي ، (القاهرة : دار الكتاب المصري ، بيروت : دار الكتاب اللبناني ، ط1، 1989) ص 58 .

3 - مجمع اللغة العربية ، الإدارة العامة للمجمعات وإحياء التراث العربية، المعجم الوسيط ، مكتبة الشروق الدولية ، ط4 س (1425هـ - 2004م) ، ص 763 .

فهو يقوم على :

أولاً - تقسيم القانون بمعناه العام (droi) ، أي : بصرف النظر عما إذا كان مصدره التشريع أو العادة أو القضاء أو غير ذلك، إلى فروع مثل : القانون المدني ، أي القواعد القانونية الخاصة بالمعاملات المالية (والشخصية بمعناه الكامل) بين الأفراد . والقانون التجاري ، أي القواعد القانونية الخاصة بالمعاملات بين التجار . وقانون المرافعات المدنية والتجارية ، أي القواعد القانونية الخاصة بإجراء التقاضي في المسائل المدنية والتجارية. وقانون العقوبات . أي القواعد القانونية الخاصة ببيان الجريمة والعقوبة . وقانون الإجراءات الجنائية ، أي القواعد التي تتبع عند ارتكاب جريمة من ضبط وتفتيش وتحقيق ومحاكمة ... الخ - إلى غير ذلك من فروع القانون .

وثانياً - جمع القواعد القانونية الخاصة بكل فروعها وتبويبها وترتيبها والتنسيق بينها برفع ما قد يتبين من تناقض بعضها بعضاً ، وإزالة ما قد يكون فيها من تكرار أو غموض أو إبهام، وصياغتها في عبارات موجزة .

وثالثاً - إصدارها في شكل قانون (loi) من السلطة التشريعية في الدولة لتطبيقها المحاكم ويلتزم بها الكافة من أفراد وهيئات وسلطات .

فالتقنين أو المدونة القانونية أو المجموعة القانونية تشريع كغيره من التشريعات ، ولا يختلف عنها إلا في ضخامته وخطورة شأنه التي تعود إلى أنه ينظم بوجه عام فرعاً من فروع العلاقات القانونية الخاصة به وتبويبها وترتيبها ورفع التناقض بينها وإزالة الغموض فيها⁽¹⁾ .

ولعل ما يلفت النظر في هذا التعريف هو قوله : " بصرف النظر عما إذا كان مصدره هذه القواعد التشريع أو العرف أو القضاء أو غير ذلك من مصادر القانون "، وهو يقصد به مثلاً القانون المدني أي القواعد القانونية الخاصة بالمعاملات المالية بين الأفراد، والقانون التجاري ، أي القواعد القانونية الخاصة بالمعاملات بين التجار ... الخ

وكما عرفه بعض العلماء المعاصرين بتعريفات عدة نذكر منها :

عرفه سليمان الأشقر⁽²⁾ : تقنين التشريع هو تجميع القواعد المتعلقة بفرع معين من فروع القانون في شكل كتاب أو مدونة أو مجموعة واحدة ، وذلك بعد مراجعة هذه القواعد وتنسيقها ورفع التناقض عنها ،

¹ - د - محمد زكي عبد البر ، تقنين الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 21 - 22 .

² - ولد سنة 1940 م بفلسطين ، وتوفي في 10 أغسطس 2012 م ، ومن مؤلفاته مقاصد المكلفين فيما يتعبد به رب العالمين

وتبويبها بحسب الموضوعات التي تنظمها ، والمجموعة تظهر في شكل مواد ، تشمل مختلف النصوص الخاصة بالأحكام القانونية المتصلة بفرع من فروع القانون ، فالمجموعة المدنية مثلا تتضمن القواعد القانونية التي تنظم روابط الأفراد فيما بينهم ، والمجموعة التجارية تعرض لتنظيم الأعمال التجارية والعلاقات بين التجار (1) .

عرفه وهبة الزحيلي(2) : هو صياغة أحكام الشريعة في المعاملات وغيرها من عقود ونظريات ممهدة لها جامعة لإطارها في صورة مواد يسهل الرجوع إليها(3) .

عرفه مصطفى الزرقا (4) بحيث أنه قال : يقصد بالتقنين بوجه عام جمع الأحكام والقواعد التشريعية المتعلقة بمجال من مجالات العلاقات الاجتماعية ، وتبويبها ، وصياغتها بعبارات أمره موجزة واضحة في بنود تسمى (مواد) ذات أرقام متسلسلة ، ثم إصدارها في صورة قانون أو نظام تفرضه الدولة ، ويلتزم القضاء بتطبيقه بين الناس (5) .

وهذا التعريف المناسب والخادم للموضوع الذي نحن بصدد دراسته وهو تقنين فقه الأسرة (أحكام الطلاق) من خلال كتاب القوانين الفقهية لابن جزي .

1 - عمر سليمان الأشقر ، تاريخ الفقه الإسلامي ، مكتبة الفلاح ، (الكويت) ، ط1 (1402 هـ - 1982 م) ، ص 118 .
2 - ولد في بلدة دير عطية من نواحي دمشق عام 1932 م ، متخصص في الفقه وأصول الفقه ، من مؤلفاته ، آثار الحرب في الفقه الإسلامي - والوسيط في أصول الفقه الإسلامي .

3 - يحي محمد الخلايلة ، تقنين أحكام الشريعة بين النظرية والتطبيق ، إشراف السيد عواد علي عواد " مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة والقانون " الجامعة الإسلامية العالمية ، إسلام باد باكستان ، كلية الشريعة والقانون قسم الدراسات العليا (2001 م - 2002 م) ، ص 18 .

4 - هو مصطفى أحمد الزرقا ، ولد في حلب بسورية عام 1325 هـ - 1907 م ، درس علوم الشريعة واللغة الفرنسية ، وفي عام 1966م أصبح خبيرا للموسوعة الفقهية ، ومن مؤلفاته الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد - أحكام الأوقاف .

أنظر : أعضاء ملتقى أهل الحديث ، المعجم الجامع في تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرين .
5 - مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، دار القلم ، (دمشق) ، ط 2 (1425 هـ - 2004 م) ، ج 1 ص 313 .

المطلب الثالث : مصطلحات ذات الصلة بالتقنين .

هناك مصطلحات قد تستعمل أحيانا بإزاء مصطلح التقنين وربما فضل البعض استعمالها عليه ، ومن أشهر هذه الألفاظ ما يلي :

الفرع الأول : التدوين .

التدوين مصدر من دَوَّن، والتدوين كلمة شائعة على السنة الناس بمعنى الكتابة مطلقا ، وتدل على المدانات والمقاربة ، فيقال : هذا دون ذاك أي هو أقرب منه .

ومن هنا قيل لكتابة الكتب تدوين لأن فيها جمعا للعلم ، ومنه سمية مدونة سحنون بذلك (1).

والتدوين هو صياغة الأحكام الشرعية في عبارات إلزامية لأجل تنفيذها والعمل بموجبها(2).

الفرع الثاني : التشريع

عرّف بأنه مصدر شرع بتشديد الراء ، مأخوذ من الشريعة وقد وردت الشريعة في اللغة بمعنيين :

الأول : أنها الطريقة المستقيمة ، ومن هذا المعنى " قال تعالى: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيحَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ بِاتِّبَاعِهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾ (3) .

الثاني : مورد الماء الجاري الذي يقصد للشرب(4) ، ومنه قولهم : شرعت الإبل إذا وردت شريعة الماء ، ثم أطلق لفظ الشريعة في اصطلاح الفقهاء المسلمين على الأحكام التي شرعها الله لعباده .

والتشريع هو وضع القواعد وبيان النظم التي تسيّر عليها الأفراد والجماعات (5) .

كما أن التشريع في الاصطلاح الشرعي والقانوني هوسن القوانين التي تعرف منها الأحكام لأعمال المكلفين ، وما يحدث لهم من الأقضية والحوادث ، فإن كان مصدر هذا التشريع هو الله سبحانه

1 - هيثم بن فهد بن عبد الرحمان الرومي ، الصياغة الفقهية في العصر الحديث دراسة تأصيلية ، مرجع سابق ص 358 - 359 .

2 - بكر بن عبد الله أبو زيد ، فقه النوازل قضايا فقهية معاصرة ، مؤسسة الرسالة (بيروت) ، ط 1 (1416 هـ - 1996 م) .

3 - سورة الجاثية [18] .

4 - مناع القطان ، تاريخ التشريع الإسلامي ، مرجع سابق ص 13 .

5 - علي جمعة محمد ، المدخل ، مكتبة المعهد (القاهرة) ، ط 1 (1417 هـ - 1996 م) ، ص 118 .

بواسطة رسله وكتبه فهو التشريع الإلهي ، وإن كان مصدره الناس سواء أكانوا أفرادا أو جماعات فهو التشريع الوضعي (1) .

الفرع الثالث : التجميع .

التجميع مصدر جَمَعَ ، يقال: <<جَمَعَ الناس أي شهدوا الجمعة ، وقضوا الصلاة >>(2) ، قال ابن فارس: ((الجيم والميم والعين أصل واحد يدل على تضام الشيء))(3) ، والجمع : تأليف المقترق (4) .

ويعرّف التجميع في الاصطلاح بأنه ، ((رصد عدة أحكام أو فتاوى في كتاب أو مجلد واحد ، سواء كانت مفهومة أم مبوبة أم غير ذلك)) (5) .

فيكون التجميع عملية لاحقة بعد التدوين ، بحيث تضم الأمور المتناسبة مضموما بعضها إلى بعض ، في ترتيب وتنسيق . جاء في كتاب عقد التحكيم : ((وعادة ما يكون التجميع وليد لمجهودات غير رسمية أو فردية غير ملزمة ، مثل الفتاوى الهندية)) (6) ، وغيرها ، وتسمى بالمحاولات شبه التقنينية .

ومن هنا يستنتج الفرق بين التقنين والتجميع، بأن الأول ملزم على خلاف الثاني، ويتضمنه، إذ يعتبر التجميع - عند ضمه المواد المتعلقة بفرع من فروع القانون بعضها إلى بعض - إحدى مراحل عملية التقنين قبل إخراجها في صيغته النهائية .

1 - عبد الوهاب خلاف ، خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي ، دار القلم (الكويت) ص 07 .
2 - عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي(100 - 175هـ) ، العين ، تحقيق الدكتور مهدي المخزومي . الدكتور السامي ج 1 ص 240 .
3 - أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا ، مقياس اللغة ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ج 1 ص 134 .
4 - محمد الدين بن يعقوب الفيروزآبادي الشيرازي ، القاموس المحيط ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ط (1399 هـ - 1997 م) ص 293 .
5 - العوّا ، فاطمة محمد ، عقد التحكيم في الشريعة والقانون ، المكتب الإسلامي ، بيروت ط 1 ، (1423 هـ - 2002 م) ص 45 .
6 - العوّا ، فاطمة محمد ، المرجع السابق ، ص 45 - 46 .

المبحث الثاني : نشأة التقنين وتطوره .

سننكم فيه في المطلب الأول عن تدوين القوانين عن الشعوب القديمة أما في المطلب الثاني فسننكم عن دوافع التدوين عند الشعوب القديمة ، وأما في المطلب الثالث فسننكم عن بداية التقنين في الفقه الإسلامي .

المطلب الأول : تدوين القوانين عند الشعوب القديمة .

القضاء كان معروفا في العهود القديمة السابقة على الإسلام بنظمه وقوانينه ولوائحها وإن اختلفت طريقتة ومنهجيته ، فكان لدولة الفرس وقدماء المصريين وآل حمو رابي (1) قضاء كما كان للعرب قضاء يرجعون إليه وإنما كانوا يصدرون أحكامهم طبقا لعاداتهم الموروثة(2) وقد عمدت الشعوب القديمة على تدوين القانون مع ظهور الكتابة وانتشارها ، وأول من نظم ودون قانونا مكتوبا هم السوماريون .

إن أقدم مجموعة قانونية هي مجموعة المالكة السوماري "أورونامو" (3) حوالي عام 2080 ق.م هذه المجموعة لا نعرف الكثير عنها سوى ما أشار إليه بعض العلماء من مسائل تتعلق بالزراعة ونظام الرق والبيع والشراء والإيجار والوديعة والقرض وبعض العقوبات لبعض الجرائم ، وهي مجموعة مسجلة على لوحة محفوظة بمتحف اسطنبول ، نصوصها غير كاملة ولذلك نجد مجموعة أخرى أصدرها الملك لبيت عشتار حوالي عام "1870م" ، تتعلق بنظام الأسرة ونظام الملكية ونظام الرق وغيرها دون تفاصيل ، نصوصها هي الأخرى محفوظة بلوحة في متحف " فيلافيا " بالولايات المتحدة الأمريكية(4).

¹ - هو من أشهر ملوك الدولة البابلية ، قضى على الإمارات الصغيرة وحقق وحدة ما بين النهرين ، وساعد على استقرار البدو بتوزيع الأراضي الملكية عليهم وعلى الجنود ، اشتهر بشرائعه الإدارية والاجتماعية .
أنظر : محمد عبد الغني جاسر ، موسوعة مشاهير وعظماء وشخصيات من التاريخ ، دار البرهان (القاهرة) ط 1 (2005 م) ، ص 205 .

² - يحي محمد عوض الخليفة ، تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق ، مرجع سابق ، ص 270 .

³ - ولد في 22 ق . م حكم في الفترة 2047 – 2030 ق . م ، وهو مؤسس سلالة أور في بلاد الرافدين ، توفي في سنة 2094 ق . م .

⁴ - صالح فكروس ، تاريخ النظم القانونية والإسلامية ، دار العلوم ، (د ، ط) ص 15 .

وفي البلاد البابلية قانون حمو رابي صدرت هذه المدونة في بابل في بلاد ما بين النهرين " العراق حاليا " في السنة التاسعة والعشرين من حكم الملك حمو رابي أشهر ملوكها الذي وحد كل دويلات ما بين النهرين تحت سلطانه ، وقد عثر على قانون حمو رابي في حفائر مدينة سوز عام " 1901- 1992 م " على يد البعثة الفرنسية التي قامت بهذه الحفائر ، وفي عام 1902 م ، نشرت نصوصه باللغة الأكادية وبالكتابة المسمارية ، وترجمتها إلى اللغة الفرنسية ومنذ ذلك الوقت توالى ترجمة هذا القانون إلى معظم اللغات الأوربية الحديثة¹ .

وفي الرومان ظهر قانون الألواح الاثني عشر ، من المعلوم أن العرف هو القانون غير المكتوب، وقد ظهر أولاً في روما لتنظيم الحياة كما اعتبر العصر الملكي هو المصدر الأول للقانون غير أن الظروف أوجبت تدوين هذه القواعد العرفية بسبب أهميتها وحاجة الناس آنذاك للتعرف عليها ، فدوّنت على هذه الألواح التي كانت بمثابة أول قانون مكتوب في روما ويرجع تاريخ تدوين هذه القواعد إلى الفترة 454 – 449 ق.م. وتضمنت هذه الألواح تنظيم الأسرة وما يخص الحقوق المالية وبذلك هذا القانون [القانون الوطني المدني الروماني]² .

وفي مصر صدر قانون بوخوريس وهو من أهم التقنينات وأشهرها ، وقد أصدره هذا الملك وهو أحد ملوك الأسرة الرابعة والعشرين عام 740 قبل الميلاد ، ويبدأ حكم بوخوريس³ عام 712 ق.م. ، وينتهي عام 718 ق.م. ، جمع الملك بوخوريس في قانونه النظم والقوانين المصرية التي كانت سائدة قبل عصره مع إدخال لبعض التعديلات عليها ، ومن أبرز الإصلاحات التي أتى بها الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية ، فقد منح المرأة حق المساواة بالرجل ، فأصبح الزواج يقوم على حرية التعاقد ، فكما للزوج أن يطلق زوجته ، فالزوجة أيضاً أن تطلب فسخ الزواج ومبلغاً معيناً من المال حين تطليقها⁴ .

وفي اليونان ظهر قانون ليكرجس ظهر هذا القانون في مدينة إسبرطة ، ينسب إلى المشرع ليكرجس ، حينما اشتد الصراع السياسي بها منذ عام 900 ق.م. تقريباً . ولذلك قانون دراكون ظهر نتيجة الصراع بين الأغنياء والفقراء في اليونان نتيجة سوء توزيع الثروات ، وظهر قانون صولون حوالي سنة 590 كأبرز سياسي في أثينا⁵ .

1 - صوفي حسن أبو طالب ، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، (د ، د) ، (د ، ط) ، ص 15
 2 - منذر الفضل ، تاريخ القانون ، دار ناراس ، (العراق) ، ط 2 (2005م) ص 10 .
 3 - هو مالك الأسرة 24 في مصر القديمة في الفترة 720 ق.م .
 4 - صاحب عبيد الفتلاوي ، تاريخ القانون ، مكتبة دار الثقافة (عمان) ط 1 ، (1998م) ، ص 93 .
 5 - صالح فركوس ، تاريخ النظم القانونية والإسلامية ، مرجع سابق ص 27 - 28 - 29 .

المطلب الثاني : دوافع التدوين عند الشعوب القديمة .

كان معرفة القانون عند الشعوب القديمة وتطبيقه محصورا في طبقة الحكّام ورجال الدين والكهنة والأشراف يفسرونه حيثما تكون مصالحهم الشخصية مما أدى إلى مطالبة الشعوب بتدوينه ، ففي روما مثلا قام نزاع بين طبقة الأشراف والطبقة العامة على إثر مطالبة الأخيرة بتدوين القوانين ومساواتها بطبقة الأشراف ، وقد رضخ الأشراف لذلك وعلى إثر ذلك دَوّن قانون داركون في أثينا صدر بسبب مطالبة الطبقة العامة بتدوين التقاليد العرفية ، حتى تتمكن هذه الطبقة من معرفة القوانين والاطلاع عليها بعد أن كانت حكرا على الأشراف ، ويصادف إلى هذه الأسباب أن التدوين يصبح ضرورة ملحة على الممالك والإمبراطوريات مع امتداد نفوذها واتساع رقعتها على الصعيد الجغرافي والاجتماعي لمواجهة التغيرات في الأوضاع السياسية والاجتماعية والعسكرية والاقتصادية .

إلا أنه ومع وجود تلك الدوافع للتدوين فهناك شعوب أخرى كانت لديها دوافع أخرى لعدم التدوين والتقنين شذت عن الاتجاه الغربي عموما نحو التقنين ، كالإنجليزي مثلا المعروفين بشدة تمسكهم بالتقاليد والعادات ، لذلك لم يدونوا قانونا بل احتفظوا بشريعتهم المبنية على العرف والتقاليد والسوابق القضائية ، يعمل به في بريطانيا وأمريكا وكندا وأستراليا وجنوب إفريقيا بخلاف الاتجاه نحو التدوين والتقنين ، وهو اتجاه قديم اشتهرت منه مدونات كثيرة كقانون حمو رابي ، قانون داركون ، قانون الألواح ، وفي العصر الحديث يعكس هذا الاتجاه والنظام اللاتيني وعلى رأسه النظام الفرنسي الذي أصدره نابليون الذي يتجه نحو تدوين التشريعات بتولي من السلطة التشريعية ودور القضاء فيها محصورا بالتطبيق¹ .

¹ - رافع ليث سعود جاسم القيسي ، نظرات في تقنين الفقه الإسلامي تاريخه ، فقهه، ضوابطه ، مركز نماء للبحوث والدراسات (بيروت) ط1 ، (2015م) ص 75 - 78 بتصريف .

المطلب الثالث : بداية تأريخ التقنين في الفقه الإسلامي .

لقد تباينت آراء الباحثين حول ظاهرة تقنين الأحكام الشرعية ، فمنهم من يرى أن تاريخ التدوين الإسلامي بدأ بتدوين القرآن الكريم في عهد الخليفة أبي بكر الصديق رضي الله عنه ، حيث أنه المصدر والكتاب المعتمد في الشريعة الإسلامية ، تلا ذلك تدوين السنة النبوية الشريفة¹ .

بينما يرى آخرون أن محاولة الخليفة الأموي عمر بن عبد العزيز² وتفكيره في جمع السنن في أوائل القرن 2 هـ الموافق للقرن 8 م ، وهي أول محاولة لتقنين أحكام الشريعة بل ويرى أصحاب هذا الرأي أن محاولة الوليد بن عبد الملك³ والتي سبقت محاولة عمر بن عبد العزيز . حيث أنه كتب يحمل القضاة على قول خالد بن معدان الكلاعي⁴ هي محاولة لتقنين أحكام الشريعة ويعتبرون أن تدوين السنن القولية والعملية للرسول صلى الله عليه وسلم وصحابته . في محاولة عمر بن عبد العزيز ، وكان هدفه من هذا التدوين أن يحول ذلك إلى قانون يحمل الناس عليه أو يلزمهم به ، ولكن المحاولتين من عمر والوليد لم يكتب لهما النجاح بسبب الأعراف الفقهية السائدة كما أن محاولة كل منهما ليست أكثر من محاولة تدوين وجمع السنن بخلاف التقنين الذي هو صياغة محكمة للنصوص الشرعية على هيئة مواد قانونية⁵ .

1- يحي محمد الخلايلة ، تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق ، مرجع سابق ، ص 131 .
2- هو عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم بن أبي العاص بن أمية بن عبد مناف بن قصي بن كلاب ، كان من أئمة الاجتهاد، توفي 101 هـ .

انظر : شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ، تهذيب سير أعلام النبلاء ، تحقيق شعيب الأرنؤوط ، مؤسسة الرسالة ، (بيروت) ط 1 ، (1412 هـ - 1991 م) ، ج 1 ، ص 172 .

3- هو أبو العباس الوليد بن عبد الملك بن مروان بن الحكم الأموي ، الدمشقي الذي أنشأ جامع بني أمية ، وفتح دولة الأندلس ، توفي في جمادى الآخرة سنة 96 هـ وله 51 سنة ، وكان في الخلافة 10 سنين دون أربعة أشهر .
انظر : المرجع السابق ، ج 1 ، ص 149 .

4- هو أبو عبد الله خالد بن معدان بن أبي كرب الكلاعي الحمصي ، شيخ أهل الشام ويعد من أئمة الفقه ، توفي سنة 103 هـ .

ينظر <http://html/الحر او عسطينوس - ويكيبيديا ، الموسوعة flllo///c+usors /Dell/Desklop>

5- يحي محمد الخلايلة ، تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق ، مرجع سابق ، ص 134 .

هذه كانت أول فكرة لتقنين أحكام الشريعة في العصر الأموي ثم توالى هذه الفكرة وتوسعت فنجد في العصر العباسي أول من أدى فكرة جمع الإمام الناس على رأي واحد في القضاء هو عبد الله بن المقفع¹ وأنه اقترح هذه الفكرة على الخليفة العباسي أبي جعفر المنصور²

والمعروف باسم "رسالة ابن المقفع للصاحبة"³، فكان مما قال فيها (ومما ينظر أمير المؤمنين فيه من أمر هذين المصنرين وغيرها من الأمصار والنواحي، اختلاف هذه الأحكام المتناقضة التي بلغ اختلافها أمرا عظيما في الدماء والفروج والأموال، فيستحل الدماء والفرج بالحيرة وهما يحرمان بالكوفة ويكون مثل ذلك الاختلاف في جوف الكوفة، فيستحل في ناحية منها ما يحرم في ناحية أخرى، غير أنه على كثرة ألوانه نافذ على المسلمين في دمائهم وعرضهم، يقضي به قضاة جائز أمرهم وحكمهم، مع أنه ليس مما يظهر فيه ذلك من أهل والاستخلاف ممن سواهم ...).

فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأفضية والسيير المختلفة فترفع إليه في كتاب، ويرفع معها ما يحتج به كل قوم من سنة أو قياس، ثم نظر أمير المؤمنين في ذلك وأمضى في كل قضية رأيه الذي يلهمه الله ويعزم له عليه وينهي عن القضاء بخلافه، وكتب بذلك كتابا جامع عزمنا لرجونا أن يجعل الله هذه الأحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكما واحدا صوابا⁴.

ولقد أراد ابن المقفع من الخليفة أن يتبين في المسائل المختلف فيها رأي ينهي اختلاف القضاة والحكام ويجعل الرأي والحكم واحد فيما اختلفوا فيه⁵.

1 - هو عبد الله بن المقفع بن المبارك البغدادي الكاتب، أصله من الفرس المجوسي أسلم على يد عيسى بن علي عم السفاح، توفي قتيلا بالبصرة سنة 142 هـ ومن مؤلفاته: الدرّة اليتيمة والجوهرة الثمينة الأدب . ينظر: إسماعيل باشا البغدادي، هدية العارفين أسماء المؤلفين وأثار المصنفين، دار إحياء التراث العربي (بيروت) (1951م)، ج 1، ص 438

2 - هو أبو جعفر عبد الله بن محمد بن علي الهاشمي العباسي المنصور، ولد سنة 95 هـ، وقد فحل بني العباس هيبية وشجاعة، توفي في ذي الحجة سنة 158 هـ.

انظر: الذهبي، تهذيب سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج 1، ص 249 - 250 .

3- ناصر بن عبد الله الميمان، النوازل التشريعية، دار ابن الجوزي، ط1 (1430 هـ)، ص 41

4- هيثم بن فهد بن عبد الرحمن الرومي، الصياغة الفقهية في العصر الحديث دراسة تأصيلية، مرجع سابق، ص 373.

5 - عمر سليمان الأشقر، تاريخ الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 190 .

ثم دعا الخليفة أبو جعفر المنصور عام 148 هـ إلى نوع مقارب للتقنين ، وهو إلزام الناس بموطأ¹ الإمام مالك بن أنس² ، ولكن الإمام مالك رفض وقال لأبي جعفر المنصور " إن الناس قد سبقت لهم أفاويل ، وسمعوا أحاديث ، ورووا روايات ، وأخذ كل قوم بما سيق لهم وعملوا به ودانوا من اختلاف أصحاب الرسول صلى الله عليه وسلم وغيرهم ، وإن ردهم عن ما اعتقدوا شديد ، فدع الناس وما هم عليه وما اختار أهل بلد لأنفسهم"³ .

ثم دعا إليه الخليفة المهدي⁴ فامتنع أيضا الإمام مالك بن أنس ودعا إليه هارون الرشيد⁵ كذلك فامتنع الإمام مالك بن أنس ولم يعرف للإمام مالك منازع من العلماء⁶ .

قال الشوكاني : " وقد تواترت الرواية عن الإمام مالك ، أن الرشيد قال له : أنه يريد أن يحمل الناس على مذهبه ، فنهاه عن ذلك ، وهذا موجود في كل كتاب فيه ترجمة للإمام مالك بن أنس ولا يخلوا من ذلك إلا نادر⁷ .

ومنه فإن فكرة ابن المقفع في التقنين قد وجدت قبولا بما يتفق مع السياسة الشرعية المبنية على المصلحة ، كما وأن رفض مالك للفكرة كان مبنيا أيضا على مصلحة فقهية وهي خشيته ليقده الناس في الأمر الذي يلزمه⁸ .

وقد ناصر العباسيون مذهب أبي حنيفة فأصبح لأتباعه مكانة كبيرة في دولتهم وتولوا القضاء والإفتاء .

وفي الدولة العثمانية ظهر تقنين الأحكام لما أحست بخطر القوانين الوضعية الذي يهدده في عرضه الجذاب وتنسيقه المحكم ، فشكّلت لجنة من فقهاء البارزين ، وعهدت إليهم بتنظيم أحكام العلاقات

¹ - عبد الرحمن بن سعد بن علي الشثري ، حكم تقنين الشريعة ، دار الصميعي (الرياض) ، ط1 (1428هـ - 2007م) ص 18 .

² - هو شيخ الإسلام ، حجة الأمة ، إمام دار الهجرة ، أبو عبد الله مالك بن أنس بن أبي عامر بن عمرو بن الحارث بن غيمان بن خثيل بن عمر بن الحارث ، ولد سنة 93 هـ ، وهو صاحب الموطأ وتوفي سنة 179 هـ ودفن بالبقيع .

ينظر : الإمام الذهبي ، تهذيب سير أعلم النبلاء ، ج 1 ص 278 .

³ - عامر بن عيسى اللهور ، حركة تقنين الفقه الإسلامي ص 03 .

⁴ - هو الخليفة أبو عبد الله محمد بن المنصور أبي جعفر بن عبد الله بن محمد بن علي ، الهاشمي العباسي ولد ببايزلج من أرض فارس سنة 127 هـ ، وتوفي في محرم سنة 169 هـ .

انظر: الإمام الذهبي ، تهذيب سير أعلام النبلاء ، ج1 ، ص 271 .

⁵ - هو الخليفة بن جعفر هارون بن المهدي محمد بن المنصور بن أبي جعفر بن محمد بن علي بن عبد الله بن عباس الهاشمي العباسي ، ولد بري سنة 148 هـ وتوفي في رمضان سنة 254 هـ .

ينظر : المرجع السابق ، ج 1 ، ص 324 .

⁶ - عبد الرحمن بن سعد الشثري ، حكم تقنين الشريعة ، مرجع سابق ، ص 18 .

⁷ - محمد بن علي الشوكاني ، القول المفيد في أدلة الاجتهاد والتقليد ، تحقيق أبي مصعب بن محمد بن سعيد ، دار الكتاب (القاهرة) ، (د ، ط) ، ص 38 .

⁸ - رمضان علي السعيد الشرنباصي ، المدخل للدراسة الفقه الإسلامي تطوره - مدارسه - مصادره - قواعده- نظرياته ، مطبعة الأمانة ، ط 2 (1403 هـ) ، ص 224 .

المدنية في الفقه الإسلامي ، على المذهب الحنفي ، واستمر عمل هذه اللجنة سبع سنوات ، حيث صدر هذا التنظيم باسم مجلة الأحكام العدلية سنة 1293 هـ¹ ، وهي أهم قانون موضوعي ، وأول تقنين وتنظيم للأحكام الشرعية ، وهي قانون للمعاملات المالية والمدنية مستمدة من المذهب الحنفي ، والسبب في وضعها أنه لما تأسست المحاكم النظامية في الدولة العثمانية وعين فيها قضاة حقوقيون غير شرعيين ، وصاروا اختصاصهم النظر في بعض المعاملات التي ترجع إلى المحاكم الشرعية فدعت الحاجة إلى مساعدة قضاة المحاكم النظامية لتيسير مراجعة الأحكام الفقهية لهم ، وإرشادهم إلى القول المعتمد والمعمول به في المذهب ، فصدرت إرادة سلطانية لجنة لتدوين الأحكام الشرعية التي تدور كثيرا في المحاكم ووضعت هذه اللجنة سنة 1286 هـ - 1869 م مجموعة أحكام في المعاملات ، ملتزمة بالقول الراجح في المذهب الحنفي الذي تعتمده الدولة ، مع بعض الأقوال المرجوحة في المذهب للمصلحة وتغيير الزمن ، ورتبت اللجنة هذه الأحكام بمواد ذات أرقام متسلسلة على طريقة القوانين الأجنبية المستوردة ليسهل الرجوع إليها ، وجاءت في 1854 مادة² موزعة على 16 كتابا كل كتاب منها ينقسم إلى أبواب ، وكل باب إلى فصول ، وكل فصل ينطوي على مواد تتسلسل أرقامها من أول المجلة إلى آخرها اتباعا للنمط الحديث في التقنين ، ولم تتعرض لمسائل العبادات .

أما الكتب التي تتوزع ما بينها مواد المجلة فهي :

1 / - البيوع	2 / - الإجازات	3 / - الكفالة
4 / - الحوالة	5 / - الرهن	6 / - الأمانات
7 / - الهبة	8 / - الحجر والإكراه والشفعة	9 / - الشركات
10 / - الوكالة	11 / - الصلح والإبراء	12 / - الإقرار
13 / - الدعوى	14 / - البيانات والتحليف	15 / - القضاء ³

ولم يقتصر الأمر في التقنين على ما تناولته المجلة ، بل تعداه إلى غيرها من الدول الإسلامية وعلى رأسها دولة مصر ، حيث أن الخديوي إسماعيل اتجه إلى الأخذ بقانون نابليون بدعوى أن كتب الفقه الإسلامي لا يمكن التقنين منها ، فأحدث ذلك ضجة في الرأي العام ، فانبرى العلامة قدرى باشا لدحض

¹ - مناع القطان ، تاريخ التشريع الإسلامي ، مرجع سابق ، ص 403 .

² - محمد الزحيلي ، تاريخ القضاء في الإسلام ، دار الفكر المعاصر (بيروت) ، ط1 (1415 هـ - 1995 م) ، ص 453 .

³ - عمر سليمان الأشقر ، تاريخ الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص 193 - 194 .

هذه الفرية فألف كتابه المشهور " مرشد الحيران في معرفة أحوال الإنسان " في المعاملات مأخوذاً من المذهب الحنفي مسترشداً بمجلة الأحكام ويشتمل على 941 مادة ، وطبع سنة 1890 م ثم ألف كتابه " قانون العدل والإنصاف في مشكلات الأوقاف " ثم أتبعه بتأليف كتاب ثالث على هذا المنهج خاص بالأحوال الشخصية¹ ،

ثم بدأت التأليفات في تقنين التشريع تترى في القرن الثاني من القرن العشرين ومن أهمها :

إنشاء مجمع فقهي : تحقيقاً للهدف العام الذي يشعر المسلمون بالحاجة إليه في تجديد الفقه الإسلامي وتطوره ، وحتى يكون هذا المجمع وسيلة للاستنارة لرأي الجماعة في الاستنباط بما يغني عن الاجتهاد الفردي .

مجمع البحوث الإسلامية : وفي الأزهر أنشئ مجمع البحوث الإسلامية بمقتضى القانون 103 لسنة 1961 م الخاص بتطوير الأزهر ، برئاسة شيخ الأزهر ، ومسؤولية أمين عام وضم عدة لجان : لجنة القرآن والسنة ، لجنة البحوث الفقهية ، لجنة إحياء التراث الإسلامي ، لجنة الدراسات الاجتماعية ، وتقوم لجنة البحوث الفقهية بتقنين الشريعة الإسلامية على المذاهب المختلفة .

موسوعة الفقه الإسلامي : وأمام هذا الرصيد الضخم من الفقه الإسلامي في المذاهب الإسلامية المتناثرة في الكتب القديمة وإزاء التحديات المختلفة للإسلام ، تجدد الشعور بالحاجة إلى موسوعة للفقه الإسلامي² .

الموسوعات الفقهية : ولعل كلية الشريعة بجامعة دمشق كانت أسيف إلى هذا العمل من غيرها ، فقد بدأت في عام 1956 م محاولة لإصدار موسوعة للفقه الإسلامي ، وبعد أن قامت الوحدة بين مصر وسوريا نشط العمل في الموسوعة ، ولكن الانفصال أوقف العمل فيها في سوريا ، واستمر العمل في مصر ، حيث أصدرت لجنة الموسوعة التابعة للمجلس الأعلى للشؤون الإسلامية نحو ثلاثين جزءاً ولكن هذه اللجنة تعرضت لمشكلات عديدة تحول دون قيامها بعملها كما ينبغي أن يكون ، وكانت دولة الكويت قد فكرت في إصدار موسوعة فقهية ، وعهد مصطفى الزرقا بالإشراف عليها ، ولجمعية الدراسات الإسلامية بالقاهرة محاولة في إصدار موسوعة فقهية أشرف عليها الشيخ محمد أبو زهرة³ .

1 - ناصر بن عبد الله الميمان ، النوازل التشريعية ، مرجع سابق ، ص 30 .

2 - مناع قطان ، تاريخ التشريع الإسلامي ، مرجع سابق ، ص 405 - 406 .

3 - محمد الدسوقي وأمينة الجابر ، مقدمة في دراسة الفقه الإسلامي ، دار الثقافة (قطر) ، ط (1420 هـ - 1999 م) ، ص 224 .

مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل : من عمل الشيخ القاضي أحمد بن عبد الله القاري سنة 1359هـ وتعرض المجلة لواحد وعشرين كتابا ، كل كتاب يندرج تحته عدد من الأبواب وتحت كل باب عدد من الفصول ، وقد اعتمدت المجلة على المصادر الأساسية للفقهاء الحنبلية ومن أهمها:

- 1/ - المغني لموفق الدين أبي محمد بن قدامة .
- 2/ - الشرح الكبير لشمس الدين عبد الرحمان أبي الفرج بن قدامة .
- 3/ - الفروع لشمس الدين أبي عبد الله بن مفلح .
- 4/ - شرح منتهى الإرادات لمنصور بن يونس الباهوتي .
- 5/ - القواعد للحافظ أبي الفرج عبد الرحمان بن رجب ¹ .

- فتح أبواب الاجتهاد الجماعي : وينبغي أن نعلم أن هذه الجهود التي تبذل في موسوعات الفقه الإسلامي يسد بعضها حيناً ، ويتعثر أحياناً ، قد تكون أدلة معينة لأمر أهم وأخطر ، ذلك هو أمر الاجتهاد ² .

¹ - عمر سليمان الأشقر ، تاريخ الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص 200 .
² - مناع القطان ، تاريخ التشريع الإسلامي ، مرجع سابق ، ص 422 .

المبحث الثالث : حكم التقنين ومزاياه وعيوبه ودواعيه وضوابطه .

سنتكلم فيه في المطلب الأول عن مشروعية التقنين ، وفي المطلب الثاني سنتكلم عن مزايا وعيوب التقنين والدواعي التي أدت إليه ، وفي المطلب الثالث سنتكلم عن ضوابط التقنين .

تمهيد :

قضية تقنين أحكام الشريعة الإسلامية من القضايا الهامة والمستجدة التي تشغل التفكير الفقهي ، والتي ظهرت حولها عدة دراسات ، تناولها البعض بالحديث عن مشروعيتها ، قال آخرون بعدم المشروعية ، مع اتفاق الجميع على تحكيم شريعة الله ، ولكن الإشكالية برزت في مشروعية هذه الوسيلة من عدمها .

المطلب الأول : مشروعية التقنين .

اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم تقنين الأحكام الشرعية على ثلاثة أقوال من حيث الجملة¹ :

القول الأول : الجواز وبه قال أكثر الفقهاء المعاصرين ، ومنهم الشيخ عبد الوهاب خلاف (ت : 1375 هـ) ، والشيخ محمد بن الحسن الحجوي الفاسي (ت : 1376 هـ) ، والشيخ أحمد شاکر (ت : 1377 هـ) ، والشيخ علي الخفيف (ت : 1398 هـ) ، والشيخ أبو الأعلى المودودي (ت : 1399 هـ) ، كما ذهب إليه طائفة من هيئة كبار العلماء من المملكة كالشيخ صالح بن غسون (ت : 1419 هـ) ، والشيخ راشد بن خنين ، وغيرهما ، وممن ذهب إلى الجواز أيضا الدكتور محمد مصطفى شلبي ، الدكتور محمد سلام مذکور ، والدكتور عبد العال عطوة والدكتور محمد زكي عبد البر وغيرهم .

القول الثاني : الوجوب وذهب إليه جملة من الفقهاء والباحثين والمعاصرين ومنهم الشيخ محمد أبو زهرة (ت : 1394 هـ) ، والشيخ حسنين مخلوف مفتي الديار المصرية السابق (ت : 1410 هـ) ، والشيخ مصطفى الزرقا (ت : 1420 هـ) ، والدكتور محمد عبد الجواد ، وغيرهم .

القول الثالث : المنع وإليه ذهب هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية في قرارها الذي صدر بالأكثرية مانعا من التقنين سنة 1393 هـ ، كما ذهب إلى المنع الشيخ عبد الله البسام (ت : 1423 هـ) ، والشيخ بكر أبو زيد (ت : 1430 هـ) وغيرهما .

¹ - هيثم بن فهد بن عبد الرحمان الرومي ، الصياغة الفقهية في العصر الحديث دراسة تأصيلية ، مرجع سابق ، ص 435 - 436 - 437 - 438 .

الفرع الأول : المجيزون للتقنين .

ويمثله العلماء المتأخرون الذين ذهبوا إلى أن لولي الأمر الحق في إلزام الناس بمذهب واحد لأن ذلك يندرج ضمن الأعمال السياسية التي يحق لهم القيام بها ، وقد احتجوا على وجهة ما ذهبوا إليه بما يلي :

استدلوا بقوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأَطِيعُوا أُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا¹ .

قالوا يستفاد من هذه الآية ولي الأمر إذا أمر بما ليس فيه معصية ، ولا تعارض مع المبادئ العامة للشريعة وجبت طاعته لهذه الآية ، وعليه فإن الإلزام بالتقنين ليس فيه معصية لا ظاهرا ولا ضمنا ، ولا يتعارض مع الشريعة بوجه ، بل فيه مصلحة كبرى تعود على جهاز القضاء وعلى الناس جميعا ، وتدفع به أيضا مفسدات كثيرة ، ومدام يتضمن أحكام الشريعة فقط فإن ذلك ليس إلا تطبيقا لأحكامها ، وليس زائدا عليها² .

يظهر من هذا التعليل أن التقنين تترتب عليه جملة من المصالح نلخصها في الآتي :

- سهولة مراجعة الأحكام الشرعية³ .
- الحد من كثرة الأهواء والحيل⁴ .
- إبعاد الشبهة عن القضاة⁵ .

¹ - سورة النساء [59] .

² - وهبة الزحيلي ، جهود تقنين الأحكام الشرعية ، مرجع سابق ، ص 27 . جمال الدين عطية ، تاريخ تقنين الأحكام الشرعية ، مرجع سابق ، ص 46 - 47 مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، مرجع سابق ، ج 1 ، ص 319 .

³ - يقصد بذلك أن الأحكام الشرعية كما تكون ملخصة في كتاب معين يسهل على القاضي بالدرجة الأولى إيجاد الحكم الشرعي لها دون عناء البحث في الكتب الفقهية الكثيرة .

⁴ - التقنين يجعل الأحكام مضبوطة ومعلومة ، وبذلك نجد من كثرة تأويلات القضاة .

⁵ - وهذه أعظم مصلحة تتحقق من خلال التقنين ذلك لان القاضي هو المسئول على تحقيق العدالة بين الناس ، ولذلك فلما تكون الأحكام الشرعية مبنية بين دفتي كتاب فإن هذا من شأن أن يبعث في صدور المتخاصمين الطمأنينة والرضا لأن القاضي الملزم بتطبيق الحكم الشرعي المبين في الكتاب .

- تنظيم المسائل والأحكام¹ .
- توحيد القضاء² .

كما استدلوا أيضا بما فعله السلف رضي الله عنهم حيث جمع عثمان رضي الله عنه الناس على مذهب واحد ، وأحرق ما عداه من المصاحف ، وذلك سدا منه لباب الخلاف³ .

فهذا العمل الجليل يمكن القياس عليه في هذه المسألة ، وعليه يمكن القول بأنه يجوز حمل الناس على مذهب واحد دفعا للاختلاف والتشثيت المقيت الذي لا يرجى منه الخير .

- كذلك قالوا : إن التقنين قد تم باختيار جماعة من العلماء المتخصصين ، خاصة وإن الإجماع ينعقد بقول الأكثر من أهل العصر في قول الجمهور⁴ وهو ما أشار إليه ((البوطي)) بقوله : " إن الذين يتحملون مهام تقنين الأحكام الفقهية، وتحضيرها بين يدي القضاة للتنفيذ ليسوا جماعة من دهماء الناس، ولا فئة من المحامين، والقانونيين الذين لم تتح لهم دراساتهم أن يطلعوا من الشريعة الإسلامية إلا أشكالها، ورسومها، ولا ثلة من الأدباء الذين يتفننون رصف الكلام، وفن التعبير، ولكن الذين يتحملون هذه الأمانة هم الفقهاء الذين تبصروا بأحكام الشريعة، وتمَّ لهم الاتصال الوثيق بأمهات الكتب الفقهية القديمة بل الأصلية، مع دراسات قانونية فتحت أمامهم آفاق المقارنة في المضمون والشكل، وهؤلاء الفقهاء تفيض بحمد الله بهم بلادنا العربية والإسلامية"⁵.

- وقالوا أيضا : إنه ليس ثمة دليل يقضي بالمنع، وعليه فهو من المصالح المرسلة، وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسنا⁶ .

الفرع الثاني : المانعون للتقنين .

استدلوا بهذا القول من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول⁷ .

1 - بفضل التقنين تنتظم تلك الأحكام الشرعية العملية التي لا ساحل لها ، وهو عمل لا تأباه الشريعة الغراء التي انبنت على اليسر، والعدل .

2 - وهذه أيضا مصلحة عظيمة ، لأن الآراء الفقهية في المسألة الواحة كثيرة وحتى التي ليست لها حكما فيها اختلاف كبير أيضا وهو أمر يثير الشكوك بين أفراد الأمة الواحدة ، ويهدر الثقة بالمحاكم .

3 ، ص 128 .

4 - بكر بن عبد الله أبو زيد ، التقنين والإلزام ، مرجع سابق ، ص 26 .

5 - م ن ، ص 26 .

6 - ابن قيم الجوزية ، إعلام الموقعين ، مرجع سابق ، ج2 ، ص 186 ، بكر أبو زيد، التقنين والإلزام ، مرجع سابق ، ص 60 ، ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ، 35/ 384 .

7 - عامر بن عيسى اللهو ، حركة تقنين الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص 09 .

أولاً : من الكتاب :

قوله تعالى : ﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا فَوَّامِينَ بِأَلْفِ سَطِّ شَهَادَةٍ لِّهِ وَلَوْ عَلَيَّ أَنفُسِكُمْ ۚ أَوْ أَلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ بَفِيرًا ۚ قَالَ اللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا ۚ فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا ۚ وَإِنْ تَلَوُّهُ أَوْ تَعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ۙ¹ .

وجه الاستدلال : القسط ، العدل ، فإن كان القول الملزم به قد ظهر للقاضي من وجوه الأدلة الشرعية أن الصحيح مقابل ذلك القول الملزم به صار القسط والعدل أن يحكم وفق معتقده لا بما ألزم به² .

قال الإمام الشافعي رحمه الله : " فأعلم الله نبيه صلى الله عليه وسلم أن فرضا عليه وعلى من قبله والناس إذا حكموا أن يحكموا بالعدل ، والعدل إتباع حكمه المنزل " .

يمكن أن يناقش هذا الاحتمال وإن كان متصوراً نظرياً إلا أنه يبعد حصوله في الواقع ، ذلك لأن التقنين المقترح يكون خلاصة لاجتهاد نخبة من الفقهاء ، ومن المستبعد أن يخطئ هؤلاء جميعاً ويصيب ذلك ، حتى ولو وقع هذا فمن الواجب أن يؤخذ برأيه في التقنين ، لكن الأمر لا يترك سائبا ليحكم كل واحد بحسب ما يظهر له وإن كان على خطأ يظنه وهو صواباً³ .

2/ قوله تعالى مبينا المرجع عند التنازل ﴿لِأَنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا بِعَاقِبَتِنَا سَوْفَ نُصَلِّيهِمْ نَارًا كَلَّمَا تَضِجَتْ جُلُودُهُمْ بَدَّلْنَاهُمْ جُلُودًا غَيْرَهَا لِيَذُوقُوا الْعَذَابَ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَزِيزًا حَكِيمًا ۙ⁴ .

يستفاد من هذه الآية أن الرد إلى الله معناه : تحكيم كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم عند التخاصم ، والتحاجج ، وبذلك يبطل الرجوع إلى غيرهما⁵ .

1 - سورة النساء [134] .

2 - بكر بن عبد الله أبو زيد ، فقه النوازل ، مرجع سابق ، ج 1 ، ص 57 .

3 - ناصر بن عبد الله الميمان ، والنوازل التشريعية ، مرجع سابق ، ص 116 .

4 - سورة النساء [56] .

5 - أبو زيد ، التقنين والإنزام ، ص 56 ، ابن القيم ، إعلام الموقعين 2 / 170 .

3/ قال الله تعالى : ﴿بَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِيهِ

أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا فَضَّيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾¹.

وجه الاستدلال : ولم يقل حتى يحكموا فلانا وفلانا فيما شجر بينهم ولا قال : حرجا مما قال فلانا وفلانا فالحكم بين الله عز وجل وبين خلقه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقط ، فلا يجب لمن أشعر الإيمان قلبه أن يقصر في

حفظ السنن بما قدر عليه حتى يكون رجوعه عند التنازع إلى قول لا ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى صلى الله عليه وسلم².

4/ وقوله تعالى : ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَىٰ اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ تَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُّبِينًا﴾³.

قال ابن القيم معقبا على هذه الآية : فقطع سبحانه وتعالى التخيير بعد أمره وأمر رسوله صلى الله عليه وسلم ، بل إذا أمر فأمره حتما ، إنما الخيرة في قول غيره إذا خفي أمره ، وكان ذلك الغير من أهل العلم به وبسنته ، وبهذه الشروط يكون قول غيره سائغ الإتيان ، لا واجب ، فلا يجب على أحد إتباع قول أحد سواه⁴.

ثانيا : من السنة النبوية .

وقد استدلوا من النبوية على تحريم التقنين بما يلي :

1 - سورة النساء [64] .

2 - بكر بن عبد الله أبو زيد ، فقه النوازل ، مرجع سابق ، ج 1 ، ص 59 .

3 - سورة الأحزاب [36] .

4 - ابن القيم الجوزية ، زاد المعاد في هدي خير العباد ، تحقيق عبد القادر الأرناؤوط ، مؤسسة الرسالة ، ط 27 (1415 هـ) ، ص 38 .

1/ - ما رواه الأربعة والحاكم عن بريد رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " القضاة ثلاثة : اثنان في النار ، وواحد في الجنة وفيه : رجلا عرف الحق فلم يقضي به وجار في الحكم فهو في النار " ¹ .

وجه الاستدلال : فيه بيان للوعيد للقاضي الذي حكم على خلاف ما يعتقد حقا لأنه عمل محرما ولا خلاف في تحريمه عند أهل العلم ² .

نوقش هذا من قبل المخالفين بأن يقولوا : إننا لا نماري فيما قاله الصادق المصدوق صلوات ربنا وسلامه عليه لكننا نعتقد أن الحديث ، وكما هو ظاهر من منطوقه وعيد القاضي الجائر المتعدي الذي لا يحكم بالحق ، ونحن لم نطالب بالتقنين إلا للتصدي لمثل هذا القاضي .

وإذا أسقطنا عجز الحديث : " وجار في الحكم " لتوجه الوعيد إلى القاضي المجتهد لأنه هو الذي يستبان له الحق باجتهاده دون المقلد ، أضف إلى ذلك أن القاضي حتى ولو كان مجتهدا يعتقد في مسائل الخلاف أن قوله صواب ، وبذا فهو لا يعتقد جازما بدون احتمال أن قوله هو مقصود المعصوم ³ .

2/ - عن عمرو بن العاص رضي الله عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : " إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر " ⁴ .

وجه الاستدلال : قال الإمام النووي رحمه الله : " قال العلماء أجمع المسلمون على أن هذا الحديث في حاكم عالم أهل للحكم فإن أصاب فله أجر باجتهاده وأجر بإصابته ، وإن أخطأ فله أجر باجتهاده " .

3/ - عن عدي بن حاتم رضي الله عنه : أتيت النبي صلى الله عليه وسلم وفي عنقي صليب من ذهب فقال صلى الله عليه وسلم : " يا عدي اطرح عنك هذا الوثن ، وسمعته يقرأ في سورة براءة " " اتخذوا أحبارهم ورهبانهم أربابا من دون الله " ، أما إنهم لم يكونوا يعبدونهم ، ولكنهم كانوا إذا أحلوا لهم شيئا استحلوه وإذا حرموا عليهم شيئا حرموه " ⁵ .

فإذا حكم القاضي بالتقنين وهو يرى خلاف الحق كان له نصيب من هذا الحديث .

1 - أبو داود ، السنن ، كتاب الأفضية ، باب القاضي يخطئ ، ج4 ، ص08 ، رقم الحديث 3573 .

2 - عامر بن عيسى اللهو ، حركة التقنين الفقه الإسلامي ، ص 10

3 - ناصر بن عبد الله الميمان ، النوازل التشريعية ، مرجع سابق ، ص 118 .

4 - البخاري ، الصحيح ، كتاب الاعتصام بالسنة ، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ ، ج 4 ، ص 372 ، رقم الحديث : 7352 .

5 - الترمذي ، الصحيح ، كتاب أبواب في تفسير القرآن ، باب ومن سورة التوبة ، ج 5 ، ص 173 رقم الحديث :

ثالثاً : من الإجماع .

استدلوا من الإجماع على تحريم التقنين حيث أنهم قالوا أن الإجماع محكي عن المنع من إلزام القاضي ، وهذا القول لم يكن معهوداً في الصدر الأول ولا في القرون المفضلة ، بل إن فكرة التقنين مرفوضة عند السلف .

نوقش : أما أنه ليس موجوداً في الصدر الأول فلأن قضاة كانوا مجتهدين وثقة الناس لأحكامهم موفورة¹ .

رابعاً : من المعقول .

1 / - أن التقنين مهما بلغ واضعوه من العلم فلا بد أن يقع فيه الخطأ فلا معصوم سوى الأنبياء ، وما كان كذلك لم يجز الإلزام به²

فالإلزام به إلزام بما يعتقد أنه بمجموعه ليس صواباً ، بل لابد فيه من وقوع الخطأ .

ويناقش هذا بأن الخلاف محتمل في الصورتين اجتهد بنفسه أو تقيد بقول معين والعبرة في الأحكام بالظن الغالب³ .

2 / - أن إلزام القضاة أن يحكموا بما اختير لهم مما يسمى بالقول الراجح عند من اختاره مخالف لما جرى عليه العمل في عهد النبي صلى الله عليه وسلم وخلفائه الراشدين ومن بعدهم السلف الصالح ، ويسبب تحول عن سبيلهم⁴ .

3 / - أن تقنين أحكام الشريعة وفق متطلبات كل عصر يجعل لكل عصر شريعته ، في حين أن الشريعة الإسلامية مصلحة لكل زمان ومكان دون تغيير⁵ .

4 / - التقنين خلاف ما عليه هدي القرون المفضلة ، فلم يثبت عن الصحابة أو التابعين أو تابعيهم إلزام واحد منهم للآخر بقوله ، بل الثابت عنهم خلاف ذلك .

1 - هيثم بن فهد بن عبد الرحمان الرومي ، الصياغة الفقهية في العصر الحديث دراسة تأصيلية ، مرجع سابق ص

447

2 - بكر بن عبد الله أبو زيد ، فقه النوازل ، مرجع سابق ج 1 ص 79 .

3 - ناصر بن عبد الله الميمان ، النوازل التشريعية ، مرجع سابق ، ص 122 .

4 - عامر بن عيسى اللهور ، حركة تقنين الفقه الإسلامي ، ص 10 .

5 - محمد تهايمي دكير ، إمكانية تعديل الشريعة إلى قانون الأهمية ، الواقع ، النتائج ، ص 221 .

وقد اعترض الموجزون للتقنين على هذا الاستدلال أنهم قالوا أن عدم وجود فكرة للتقنين عند السلف الصالح لا يعني منها على الخلف ، فربما أن دواعي التقنين لم تكن موجودة في عصر السلف¹ .

6/ - أن التقنين يحجر الاجتهاد ، فلا سبيل أمام القاضي إلا تطبيق التقنين بدلا من الاجتهاد لمعرفة الحكم الشرعي في القضية أو الواقعة ، كما أنه سبيل إلى هجر الفقه الشرعي وعدم الرجوع إليه ، وهذا يؤدي إلى القضاء على التراث الفقهي الإسلامي نهائيا ، إذ أن اهتمام القضاة والباحثين وغيرهم سوف يقصر على التقنين² .

أدلة القائلين بالوجوب :

استدل القائلون بالوجوب بنفس الأدلة التي استدل بها المجيزون، غير أنهم قالوا أنه لا سبيل إلى تطبيق الشريعة في هذا الزمان إلا بتقنينها، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، فالتقنين إذا واجب³ .

وأن الوسائل تأخذ حكم المقاصد حلا وحرمة، فلا سبيل إلى تطبيق الشريعة وإقامة العدل إلا به، فالتقنين واجب ، لأن التقصير فيه سيؤدي إلى العمل بالقانون الوضعي⁴ .

الفرع الثالث : الترجيح بين أقوال الفقهاء .

بعد ما سبق من عرض المسألة، وما فيها من أقوال وأدلة ومناقشات يظهر والله أعلم أن التقنين جائز من حيث النظر الإجمالي وأنه وسيلة صحيحة للحكم بين الناس بالعدل والحق، وإن كان صادرا وفق أصول صحيحة واجتهادات منضبطة، فالحق لا يتعين في قول واحد من مجتهدي أو غيره⁽⁵⁾ .

وسبب الترجيح هذا يعود إلى عدة أسباب :

1/- إن ما استدل به المانعون من آيات قرآنية هي أدلة عامة ، وفيها إلزام للخصم بما لم يلتزم ولا يلزمه، كما أن أكثر ما استدلوا به هو خارج إطار المسألة ومحل نزاعها .

¹ - عبد المؤمن عبد القادر شجاع الدين ، موقف الفقهاء من تقنين أحكام الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة ، جامعة صنعاء (اليمن) ص 22 - 23 .

² - عبد الرحمان بن سعد بن علي الشثري ، تقنين الشريعة بين التحليل والتحرير ، دار الفضيلة (الرياض) ، ط 1 (1426 هـ) ، ص 26 - 27 .

³ - هيثم بن فهد بن عبد الرحمان الرومي ، تقنين الأحكام الشرعية تاريخه وحكمه ، مرجع سابق ، ص 51 .

⁴ - رافع ليث سعود جاسم القيسي ، نظريات في تقنين الفقه الإسلامي ، تاريخه ، فقهه ، ضوابطه ، مرجع سابق ، ص 240 .

⁵ - هيثم بن فهد بن عبد الرحمان الرومي ، الصياغة الفقهية في العصر الحديث دراسة تأصيلية ، مرجع سابق ، ص

2- / كما أنهم لم يفرقوا بين تقليد قول واحد أو مذهب، وبين التقنين، لكن الواقع أن هناك فرقا بين الأمرين، فالتقنين المنشود في العصر ليس هو تقليدا لمذهب أو رأي معين، كما أنه ليس اجتهادا فرديا، ولا هو محصور في نطاق مذهب بعينه (1) .

3- / أن النظر لمسألة التقنين باعتبار مآلها يؤيد القول بمشروعية التقنين دون الحاجة إلى إطلاق القول بالوجوب أو إطلاق القول بالتحريم .

4- / إن أكثر الاعتراضات على التقنين هي اعتراضات منهجية لا ترقى لأن تكون أدلة على تحريم التقنين، وهي إما اعتراضات احتمالية لا يوجد ما يثبتها أو اعتراضات سابقة لأوانها مبنية على توقعات، ذلك أن الراجح جواز الإلزام .

5- / يسود الاعتقاد لدى البعض بأن التقنين هو المصدر الوحيد للقواعد القانونية وأنه يغطي كل المسائل وي طرح حلول لكل المشاكل مما يستبعد أن يكون تفسيرهم للنصوص تفسيرا لفظيا، وأن تكون مهمتهم هي الكشف عن نية واضعة، كل ذلك يؤدي لجمود القانون وعدم مسابته لتطور الحياة وتجديد متطلباتها (2) .

1 - ناصر بن عبد الله الميمان، النوازل التشريعية، مرجع سابق، ص 128.
2 - رافع ليث سعود جاسم القيسي، نظرات في تقنين الفقه الإسلامي، تاريخه، فقهه، ضوابطه، ص 262-264 .

المطلب الثاني : مزايا التقنين وعيوبه والدواعي التي أدت إليه .

الفرع الأول : مزايا التقنين .

للتقنين مزايا جمة منها¹ :

- 1 - سهولة التعرف على الأحكام القانونية بعد جمعها في مدونة واحدة، وفي هذا فائدة عظيمة للقضاة والمتقاضين بالقانون بل للجمهور ليبنى تصرفه على معرفة بالقانون الذي يحكم معاملاته، وخصوصا إذا كثرت القواعد القانونية سواء أكان مصدرها الأعراف والعادات أو كان مصدرها التشريع .
- 2 - توحيد القانون في بلد واحد وذلك إصدار القواعد القانونية بكل فرع من فروع القانون في مدونة تطبق في كل أرجاء الدولة .
- 3 - إدخال قانون أجنبي في بلد ما يحسب أنه في حاجة إلى إصلاح ، وذلك بإصدار القواعد القانونية في مجموعة يفرض تطبيقها ، وذلك ما يتحقق عن طريق العرف والعادة ، ولا عن طريق التشريع في موضوعات .
- كما أن تقنين الأحكام الشرعية يدرأ استيراد القوانين الأجنبية لتنظيم شؤون الدولة ، بحجة عدم وجود قانون إسلامي² ، فهو يؤدي إلى توحيد القانون داخل الدولة³ .
- 4 - التقنين وسيلة فعالة لتوحيد سلوك الأمة على حكم واحد مختار من بين الآراء الراجحة في الفقه الإسلامي ، فالمعلوم أن اختلاف الآراء الفقهية حول حكم الشريعة في مسألة معينة يجعل هذا الحكم غير محدد، واختيار أحد هذه الآراء على أساس مصلحة راجحة تتناسب مع مقتضيات العصر⁽⁴⁾ .
- 5 - حماية القضاة من التأثيرات الشخصية التي قد يتعرضون لها إذا ترك الأمر لتقديرهم لاختيار وترجيح الحكم لتلك النازلة المعروضة عليهم، وهذا يشكل مصدر خطر على العدالة فيما لو ترك الأمر لحرية القاضي وأطلقت يده دون قيد أو قانون تبنى الأحكام على أساسه .

1 - محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الإسلامي ، (المبدأ والمنهج والتطبيق) ، مرجع سابق، ص21.

2 - يحي محمد عوض الخلايلة ، تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق ، مرجع سابق ، ص 228 - 229.

3 - محمد حسنين ، الوجيز في نظرية القانون الوضعي الجزائري ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر (1986) ، ص60.

4 - يحي محمد عوض الخلايلة ، تقنين أحكام الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص 229 .

6 - التقنين وسيلة لإلزام الناس بالعمل بالشريعة الإسلامية¹.

7 - إلقاء الضوء على الخطوة التالية لتطور القانون ، إذ أنه بتسجيله المرحلة التي وصل إليها القانون وقت التقنين يبين خطة السير في المرحلة القابلة وبذا يسير القانون في المستقبل على هدى الماضي فيكون متصل الحلقات وصلا المستقبل بالحاضر².

8 - التقنين يفيد في اقتباس القوانين الأجنبية، فالملاحظ ، أن كثيرا من الدول لجأت إلى الاستعارة من المجموعات القانونية الأجنبية³.

الفرع الثاني : عيوب التقنين .

التقنين تترتب عليه جملة من المفاصد يمكن أن نجملها في النقاط التالية :

1/- أن التقنين يصيب القانون بالجمود⁴ ، حيث أنه يلزم القاضي بالتقليد برأي واحد معين ، وهو الذي يختاره واضعوا القانون، مع أن الفقه غني بالأراء والاجتهادات القيّمة التي كان للقاضي أن يأخذ بما يراه أرجح منها وأليق بالحالة المعروضة عليه، فالتقنين هذا يجمد القاضي ويحبسه في قفص القانون⁵.

2/- أنه يجعل أحكام الفقه ضمن قوالب ثابتة لا تتحرك مع حركة المجتمعات، ولا تتغير مع تبدل البيئات والجماعات وهذا يسبب قصورا على تلبية الحاجات فهي قد تكون صالحة في وقت ما، ثم تتغير الأوضاع فتفقد صلاحياتها .

3/- أن التقنين يؤدي إلى اتكال الناس ، وخاصة القضاة ، على القانون المدون⁶ ، دون تحشم الرجوع إلى مصادر الفقه، والتنقيب فيها عن الحكم ودليله، ومراجعات الأخذ بهذا الرأي دون غيره، مما يوسع أفق القاضي، ويجعله على صلة دائمة بالفقه وأصوله ومصادره .

1 - يحي محمد عوض الخاليلة ، تقنين أحكام الشريعة بين النظرية والتطبيق ، مرجع سابق، ص 229 – 230-231 .

2 - محمد زكي عبد البر ، تقنين الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص 25 .

3 - محمد حسنين ، الوجيز في نظرية القانون ، مرجع سابق، ص 60 .

4 - محمد زكي عبد البر ، تقنين الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص 26 .

5 - يوسف القرضاوي ، الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، مكتبة وهبة (الفاخرة) ، ط2 (1419 هـ - 1999 م) ص59 .

6 - ناصر بن عبد الله الميمان ، النوازل التشريعية ، مرجع سابق ، ص 124 .

4/- يتأكد ضرر التقنين إذ لاحظنا أن التطبيق العلمي لبعض القوانين قد يظهر قصورا عن الحاجة، أو عدم ملائمتها وقد تكون صالحة ثم تتغير الأوضاع وتتبدل الأحوال، فتفقد صلاحيتها ، وتبقى جامدة ملزمة¹.

5/- أن القول الذي يراه طائفة من العلماء المكلفين بعملية التقنين راجحا، قد يكون هو القول المرجوح لدى غيرهم، واتفاق جميع فقهاء الأمة على قول بعينه أمر شبه متعذر .

6/- إيقاف حركة الاجتهاد حيث أن تقنين أحكام الفقه يقطع الصلة بين الفقه وبين الاجتهاد، فالقاضي أو الفقيه لا يستطيع الاجتهاد في مورد النص².

7/- أنه يستعمل مصطلحات دون تعريفها أو تحديد لمعناها مثال ذلك : عبارات " الحق "، " الأحوال الشخصية"³ كان لظهور التقنين وانتشاره دواعي وأسباب اقتضت عند أصحابها تدوين الأحكام القضائية على الهيئة التي اشتهرت في العصور الحديثة، ومن أبرز هذه الدواعي ما يلي :

1/ - في تقنين الأحكام الشرعية مناجاة من استيراد القوانين الوضعية التي كانت تهدد الديار الإسلامية بجاذبية عرضها، وحسن ترتيبها، ويسر الوصول إلى الأحكام فيها، فظهرت جملة من التقنينات الشرعية في عدد من البلاد الإسلامية، من أجل سد ذريعة استجلاب هذه القوانين من قبل السلطات الحاكمة بدعوى مساس الحاجة إليها⁴.

2/ - صعوبة الرجوع إلى المدونات الفقهية المطوّلة، على ما فيها من صعوبة في البحث عن المسألة، وما تتضمنه من اصطلاحات خاصة واختلافات وتفرعات من شأنها تطويل مدة البحث في الحكم، مع ما تتطلبه طبيعة المحاكمات من سرعة وتنجيز فصل القضاء .

3/ - الحاجة إلى استقرار النظام القضائي باستقرار الأحكام وتوثيقها وصدورها عن لجان عملية مؤهلة، مما يطمئن المترافعين والمحامين على حد سواء، وتنجوا المحاكم بذلك من الارتباك والاختلاف الناشئين عن اختلاف القضاة في القضية ذات الوجه الواحد .

1 - يوسف القرضاوي ، الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد ، مرجع سابق ، ص 59 .
 2 - يحي محمد عوض الخليفة ، تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بين النظرية والتطبيق ، مرجع سابق ، ص 218- 219 .
 3 - محمد حسنين ، الوجيز في نظرية القانون ، مرجع سابق ، ص 60 .
 4 - ناصر بن عبد الله الميمان، النوازل التشريعية، مرجع سابق، ص 34 .

4/ - في تقنين الأحكام حماية لهيئة القضاء من الانتقاص وإبعاد الشكوك عنه، لأنه يطبق نصوصا محددة ليس له سلطة تقديرية في اختيارها، وفي ذلك حفظ لسمعة القضاة في القضية من أن تمس بسوء، وحراسة لأحكامهم من التأثيرات الشخصية في التقدير والاختيار.

5/ - عندما تستمد التقنينات من أحكام الشريعة فإننا نضع بذلك مرجعا يمكن الاستفادة منه من قبل من تعرض له الحاجة إليها من دولة أو هيئات مختلفة، لاسيما في البلدان التي لا يتصور تطلب الاجتهاد في قضاتها لعسر ذلك، كالبلاد التي طال فيها لبث المستعمر، أو البلاد التي يكاد يطبقُ الجهل على أبنائها، فأمثل الحلول بالنسبة لأولئك أن يستفيدوا من هذه القوانين الإسلامية¹.

¹ - هيثم بن فهد بن عبد الرحمان الرومي، الصياغة الفقهية في العصر الحديث دراسة تأصيلية، مرجع سابق، ص 370 - 371.

المطلب الثالث : ضوابط التقنين .

ويقصد بضوابط التقنين المبادئ الواجب مراعاتها عند القيام بعملية التقنين، والتي بدونها لا يكون التقنين شرعياً، ويمكن تقسيم هذه الضوابط إلى ضوابط إجرائية وضوابط موضوعية.

الفرع الأول : الضوابط الإجرائية .

ويقصد بالضوابط الإجرائية، المبادئ الشكلية التي تضمن السير الحسن والأمثل للتقنين، بدءاً بوضع مشروع التقنين، وشروط القائمين عليه، وانتهاء بإخراجه على هيئة مخصوصة، مع عدم الغفلة عن مراجعته وتعديله عند الضرورة، وتتلخص هذه الضوابط في النقاط التالية :

1 - أن يكون القائم على عملية التقنين من ذوي الاجتهاد، أو الكفاءات العلمية المتخصصة في النطاق المراد تقنينه، ويحدّد اختيار من يجمع بين الثقافتين: الشرعية والقانونية، فإن لم يوجد، فيشارك من أهل القانون، على أن يكون بينهم تنسيق منسجم، كما يشارك معهم العارف بأمر الدولة وطريق سير تنظيمها سواء من قضاة أو وزراء أو ممثلين عن هيئة رسمية في الدولة، دون إغفال "إشراك العلماء من جميع التخصصات : الأطباء والمهندسين، والطيّارين"¹ ، وكما سبق ذكره : يختار من أهل التخصص حسب النطاق المراد تقنينه .

2 - ضرورة إنشاء مجمع علمي فقهي متخصص تابع للهيئة المقننة، وذلك بغرض استنباط أحكام النوازل الفقهية المستجدة، فلا شك أنه ستعرض للهيئة المقننة أمور طبية أو بيئية أو اقتصادية، لم تُتناول صراحة في كتب الفقهاء المتقدمين .

3 - أن يكون التقنين محلياً، أي أن يطبّق في بلد معين أو إقليم محدود² ، وقد قرر مجمع البحوث الفقهية وضع مشروع لتقنين الشريعة على المذاهب الأربعة، لكنه لم ينجز، وتصور ذلك ممكن لكن اعتبار الأعراف المحلية يحول دون مرونة المدونة القانونية، ودون خروجها على وجه مثالي .

4 - ضرورة إرفاق مدونات التقنين بما يسمى بالمذكرات الإيضاحية، والتي تكفل: "ذكر الدليل الشرعي لكل مادة من نص أو قياس أو مصلحة أو غير ذلك، وبذكر وجه اختيار الحكم، والمراجع التي نقل منها، وبذكر ما تدعو الحاجة إلى ذكره مما يختلف من مادة إلى أخرى، أو ذكر رأي مخالف في لجنة التقنين، أو غير ذلك"³ .

1 - الشيباني حمد بن ناصر، الأسس العلمية المقترحة لتقنين الفقه الإسلامي، ندوة التقنين والتجديد، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، عمان، 2008م، ص 569.

2 - الشاوي توفيق، فقه الشورى والاستشارة ، دار الوفاء المنصورة ، ط2 ، 1413هـ - 1992 م، ص 195 .

3 - هيثم بن فهد بن عبد الرحمان الرومي ، الصياغة الفقهية في العصر الحديث ، مرجع سابق، ص 403 .

- 5 - وجوب حماية التقنين من التدخل الأجنبي أو الضغوطات السياسية¹ .
- 6 - ألا يتخذ التقنين بابا يفتح أمام الدول والحكومات طريقا لإصدار قوانين وضعية، تحت اسم التقنين الفقهي² .
- 7 - ضرورة الالتزام بالمعايير الشكلية للمدونة القانونية من ترتيب وتبويب وترقيم متسلسل.
- 8 - عدم التردد في تعديل المدونة القانونية كلما اختلفت المعايير الزمانية والمكانية والعرفية، والتي كانت علة اختيار الأحكام في المدونة، أو وجد داع آخر يقتضي العدول عن الحكم القانوني الملزم .

القرع الثاني : الضوابط الموضوعية .

ويقصد بها الضوابط الحاكمة لنصوص أحكام المواد القانونية من حيث مشروعية الحكم، وبيان أصله وطريقة صياغته، وتتلخص هذه الضوابط فيما يلي :

- 1 - وجوب التقيد بما ورد في الشريعة الإسلامية من أحكام في كل مسألة من المسائل التي يراد تقنينها، سواء منها - أي الأحكام - الصريحة أو المستنبطة، وعدم وضع أحكام في ثنايا التقنين - مهما قلت - تتعارض مع الشريعة، وتتصادم مع نصوصها³ .
- 2 - التزام الإجماع المتيقن⁴ ، مع إعادة " النظر في الإجماعات السابقة التي لا تثبت أمام النقد العلمي الجاد" .
- 3 - إعمال القياس الصحيح، مع اعتبار المقاصد والمصالح⁵ .

¹ - ينظر: الشاوي توفيق ، فقه الشورى والاستشارة ، مرجع سابق، ص 194 . وهيثم بن فهد الرومي ، الصياغة الفقهية في العصر الحديث، مرجع سابق، ص 401 .

² - الشاوي توفيق، فقه الشورى والاستشارة ، مرجع سابق، ص 195 .

³ - النعاس عبد الباسط الهادي، ضوابط تقنين الشريعة الإسلامية ومدى التزام المقتن بها في تشريعات الحدود وقت اكتمال المسؤولية الجنائية نموذجاً ، مجلة دراسات قانونية، كلية القانون، جامعة قار يونس، ليبيا، عدد 17 ، ص 12.

⁴ - العوّا فاطمة، عقد التحكيم ، مرجع سابق، ص 54.

⁵ - المرجع نفسه، ص 54.

- 4 - عدم مناقضة المصالح القطعية والضرورية الكلية للجماعة، لأن تصرف الولي منوط بمصلحة الرعية¹.
- 5 - مراعاة أعراف الناس مما لم يخالف دليلاً شرعياً².
- 6 - تجنب الأخذ بالأراء الشاذة، والأقوال الضعيفة والمرجوحة المخالفة لنصوص القرآن والسنة وإجماع العلماء مع الحرص على إعمال قواعد الترجيح بين الأدلة المتعارف عليها العلماء³.
- 7 - مراعاة القيمة العلمية وتنوع المصدر، فيجب الإفادة من مختلف مصادر الفقه على تباين أنماطها وفنونها، ككتب النوازل والوثائق والشروط والخلاف العالي، كما يستفاد من موسوعات فقه الصحابة والتابعين، وكتب المذاهب الأربعة، لأن المقنن قد يخرج عن مذهبه في التقنين⁴.
- 8 - عدم الانسياق مع النظريات الأجنبية التي دلت التجارب الطويلة على عدم جدواها، ولا سيما التمييز في القتل العدوانى بين أن يكون سابق تصور وتصميم، أو يكون بفكرة مفاجئة غير مبيتة، فلا يحكمون بالإعدام في الحالة الثانية كما فعلت جميع قوانين العقوبات في البلاد الإسلامية⁵.

1 - إمام محمد كمال الدين، في منهجية التقنين، ندوة التقنين والتجديد، 1429هـ - 2008م، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، عمان، ط2، 1433هـ - 2012م، ص 423.

2 - شهرزاد بوسطلة، تقنين الفقه الإسلامي مفهومه - مشروعيته - منهجه، رسالة ماجستير، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة، 2011م، ص، 106.

3 - النعاس عبد الباسط الهادي، ضوابط تقنين الشريعة الإسلامية ومدى التزام المقنن بها في تشريعات الحدود وقت اكتمال المسؤولية الجنائية نموذجاً، مرجع سابق، ص 14.

4 - الريسوني قطب، مدخل إلى تجديد الفقه المالكي، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1427هـ - 2007م، ص 45، بتصرف.

5 - مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1، ص 323.

9 - عدم إغفال عناصر الزمان والمكان والأشخاص، فهذه العناصر جميعها دور في مسألة الاختيار والتقنين¹.

¹ - محمد رجب أبو مليح، حول تقنين أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي، ندوة التقنين والتجديد، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، عمان، 2008م، ص 554.

الفصل الثاني

تقنين فقه الأسرة

المبحث الأول : تقنين فقه الأسرة (الطلاق أمودجا)

المطلب الثاني : أقسام الطلاق

المطلب الأول : تعريف الطلاق وحكمه

المطلب الثالث : في حد الطلاق

المبحث الثاني : أركان الطلاق وتعليقه

المطلب الثاني : ركن المطلقة وشروطه

المطلب الأول : ركن المطلق وشروطه

المطلب الثالث : ركن الصيغة

الفصل الثاني : تقنين فقه الأسرة.

حرصت الشريعة الإسلامية على إبراز مكانة الأسرة التي تقوم على الزواج وأرست معالم وأهداف هذا الزواج وأحاطته بسلسلة من الضمانات للحفاظ على العلاقات الأسرية ومن أهداف الحفاظ على النوع البشري من خلال التناسل لقوله تعالى : ﴿يَتَأْتِيهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ

وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾¹.

بالإضافة إلى تحقيق الراحة والطمأنينة والمحبة والتراحم بين أفراد الأسرة لقوله تعالى : ﴿وَجَعَلَ

بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾².

وبينت أن الحياة الزوجية قد تتخللها بعض العوارض من شأنها أن تعكر صفوها وما على الزوجين إلا الصبر والتسامح لتجاوزها .

ثم أبغضت الطلاق وبينت أن ما أباحتها إلا للضرورة، هذا بعد استنفاد جميع طرق الإصلاح والتوفيق، بداية من الموعظة إلى الهجر في المضجع وانتهاء بالضرب غير المبرح لقوله تعالى : ﴿وَالَّتِي

تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنِ اطَّعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا

عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾³.

¹ - سورة الحجرات [13].

² - سورة الروم [61].

³ - سورة النساء [34].

فإن لم تنفع هذه الطرق نلجأ إلى الإصلاح بينهم وإدخال طرف ثالث لقوله تعالى : والصلح خير وقال أيضا : ﴿ فَاذْعَبُوا حُكْمًا مِّنْ أَهْلِيهِ وَحُكْمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّي اللَّهُ بَيْنَهُمَا مِنَ اللَّهِ

كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا¹ .

ولهذا أعطت الشريعة للزوج الحق في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة متى دعت الضرورة إليه ودون الحاجة على إرادة الزوجة وذلك لكونه مالكا للعصمة الزوجية . ومجال بحثنا هو أحكام الطلاق وسنتطرق في هذا الفصل إلى ماهية الطلاق وأحكامه وأقسامه وأركانه وألفاظه .

¹ - سورة النساء [35] .

المبحث الأول : تقنين أحكام الطلاق أنموذجاً.

سنحاول التطرق في هذا المبحث إلى مفهوم الطلاق وحكمه وكذا أقسامه من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول: تعريف الطلاق وحكمه .

الفرع الأول : تعريف الطلاق لغة واصطلاحاً .

أولاً - الطلاق لغةً:

طَلَّقَ - طلاقاً - ت المرأة من زوجها : بانث عن زوجها وتركته فهي طالق ج طلق وطالقة ج طواق و-ت الناقة: انحلت من عقالها: طلقت، طلقاً : تباعد ، طلق قومه : تركهم وفارقهم والمرأة زوجها : خلاها عن قيد الزواج ، أطلق المرأة طلقها والمواشي سرحها والأسير خلا سبيله¹ .

طلق تطليقاً الرجل امرأته، خلاها على قيد الزواج وقومه : تركهم وفارقهم والشعر هجره، تخلى عنه².

" طلق الرجل امرأته تطليقاً فهو مطلق ، فإن كثر تطليقه للنساء قيل مطليق ومِطلاق والأصل الطلاق وطلقت هي التي تطلق من باب قتل وفي لغة باب قرب فهي طالق بغيرها، وقال الفارابي نعجة طالق بغيرها، إذا كانت مُخلاة وترعى وحدها فالتركيب يدل على الحل والانحلال، يقال أطلقت الأسير إذا حللت إيساره وخليت عنه فانطلق أي ذهب في سبيله وأطلقت الناقة من عقالها وناقة طلق بضمّتين بلا قيد وناقة طالق أيضاً مرسلّة ترعى حيث شاءت³ .

ثانياً - الطلاق شرعاً:

-عرّفه " الحنفية : " إزالة النكاح الذي هو قيد معنى"⁴.

1 - الأب مألوف المسوعي، المنجد في اللغة العربية والأعلام، ط 21، دار المشرق، بيروت، 1973م، ص470.

2 - الدكتور خليل الجر، المعجم العربي الحديث، مكتبة لاروس، كندا، 1973 ، ص18

3 - أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير، دار الحديث، القاهرة، مصر، ص2

4 - الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ج 4 ، كتاب الإيمان، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997 ، ص 18.

- عرّفه المالكية : " حل العصمة المنعقدة بين الزوجين بطريق مخصوص"¹ .

- عرّفه الشافعية : " حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه"² .

- عرّفه الحنابلة : " حل قيد النكاح أو بعضه"³ .

بعد التطرق إلى تعريف الطلاق عند كل مذهب يمكن لنا الخروج بتعريف شامل للطلاق في الفقه الإسلامي وهو : " رفع قيد النكاح في الحال والاستقبال بعبارة وألفاظ تفيد الطلاق صراحة أو معنى"⁴ .

ثالثا - الطلاق في قانون الأسرة الجزائري:

لم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف الطلاق واكتفى فقط بذكر الطلاق كصورة من صور فك الرابطة الزوجية وذلك من خلال استقراء نص المادة 48 من ق الأمر 02/05 " يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53-54 من هذا القانون"⁵ .

ومنه نلاحظ أن المشرع قد عزف عن تبني تعريف قانوني للطلاق واكتفى ببيان طرق انحلال الرابطة الزوجية ولم يتطرق حقيقة إلى تعريفه وبيان أركانه وضوابطه وفي ذلك محاولة منه لتلمص من أي التزام يقع عليه لتبنيه إحدى التعاريف الفقهية.

وبهذا فإن (ق أ ج) لم يتوسع في الأمور المتعلقة بالطلاق، كما توسع علماء الفقه ذلك أن المادة 48 من قانون الأسرة أجملت ما جاء مفصلا⁶ .

¹ - الشيخ محمد محمد سعد، دليل السالك لمذهب الإمام مالك في جميع العبادات والمعاملات والميراث، دار الندوة، 2001، ص81.

² - الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، العزيز في شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق الشيخ محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ج8، تنمة النكاح، الصداق، القسم، النذور، الخلع، الطلاق، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص4.

³ - الشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوني، كشاف القناع في متن الإقناع، تحقيق محمد أمين الضناوي، ج4 ط1، عالم الكتب، بيروت، 1997، ص205.

⁴ - مولاي ملياني بغدادي، حقوق المرأة في الشريعة والقانون، قصر الكتب، الجزائر، 1997، ص1.

⁵ - الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 15 بتاريخ 27 فبراير 2000.

⁶ - العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي- دراسة مقارنة في قانون الأسرة الجزائري، ط1، كنوز الحكمة، الجزائر، 2013، ص1.

الفرع الثاني : حكمه ودليل مشروعيته

أولاً - حكمه:

قبل أن نتطرق إلى الأحكام الخمسة التي تعزري الطلاق نتكلم أولاً عن اختلاف الفقهاء في الحكم الأصلي للطلاق أهو الحظر أو الإباحة مستمدين الحجج والبراهين من القرآن والسنة.

فالذين يقولون بأن الأصل في الطلاق الإباحة استندوا لقوله تعالى: ﴿بَطَّلُوا هُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾¹

وقوله ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾² ، فالآيات

هنا تفيد إباحة الطلاق ولا جناح على الزوج الذي بيده العصمة في إيقاع الطلاق والأدلة من السنة أن الرسول صلى الله عليه وسلم طلق زوجته حتى نزل الوحي يقول له راجعها فإنها صوامة قوامة والنبي لا يفعل المحذور.

أما الذين يقولون أن الأصل في الطلاق الحظر فاستندوا إلى قوله تعالى: ﴿إِنِ اطَّعْتُمْ فَلَا تَبْغُوا

عَلَيْهِمْ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً﴾³، وهذه الآية تفيد أن الطلاق بدون حاجة بغي وظلم وهذا

ممنوع ومحذور في الإسلام، ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم : " أبغضُ الحلال إلى الله الطلاق"⁴ ومنه فإن الأصل في الطلاق الحظر وأن إباحته مقيدة بالحاجة وبعد محاولة الإصلاح أولاً⁵.

وبالتالي فالتعبير بأنه حلال مبغوض إلى الله يشعر بأنه رخصة شرعت للضرورة حين تسوء العشرة وتستحكم النفرة بين الزوجين ويتعذر عليهما أن يقيما حدود الله وحقوق الزوجية وقد قيل إن لم يكن وفاق ففراق⁶.

¹ - سورة الطلاق [01] .

² - سورة البقرة [236]

³ - سورة النساء [34].

⁴ - أبو داود ، السنن ، تحقيق : شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللي وشادي محسن الشيايب ، ج 3 ، كتاب الطلاق ، باب كراهية الطلاق ، دار الرسالة العالمية ، دمشق ، 2009 ، ص 50

⁵ - محمد كمال إمام ، الطلاق عند المسلمين - دراسة فقهية وقانونية ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 1997 ، ص 14، 15.

⁶ - يوسف القرضاوي ، الحلال والحرام في الإسلام ، دار المعرفة ، الدار البيضاء ، 1985 ، م ، ص 20 .

والذي نرجحه من الأقوال السابقة أن الأصل في الطلاق الحظر ولأنه لا يباح إلا لحاجته وأياً ما كان الأمر في اختلاف الفقهاء حول الحظر والإباحة في الحكم الأصلي للطلاق فإنهم يتفقون على أن الطلاق تعتريه الأحكام الخمسة وهي :

1- **الوجوب** : ويستمد مدلوله من تعبيره، فهو فك الرابطة الزوجية التي لا مناص ولا سبيل من غيرها، إذا كان هناك سبب قوي يستدعيه فإذا عجز الحكمان عن الإصلاح كان الطلاق واجبا كحالة العجز الجنسي الكلي فالأولى أن يحدث الطلاق لعدم تحقيق هدف التحصين¹ .

2- **الندب** : ويكون كذلك إذا عجز الزوج عن القيام بحقوق زوجته أو عدم الميل إليها كلية أو كانت سيئة السلوك وبذيئة اللسان أو عند تفريطها في حق من حقوق الله² .

3- **الحرمة** : كما هو الحال في الطلاق البدعي إذا كان في الحيض أو في طهر مسها فيه الذي يترتب عليه تطويل أجل العدة.

واتفق الفقهاء على أن هذا الطلاق يقع حراما وأن فاعله آثم ، و ذلك لما ورد عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه طلق زوجته وهي حائض على عهد الرسول صلى الله عليه، فسأل عمر بن الخطاب الرسول صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فقال صلى الله عليه وسلم : " مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد ذلك وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء"³ .

4- **الكراهة** : لأن أبغض الحلال إلى الله الطلاق، فيترجح تركه على فعله هذا إذا كان الطلاق بدون مبرر ولا سبب جدي يستدعي ذلك ولا حاجة تدعو إليه⁴ .

5- **الإباحة** : يكون مباحا لحاجة لأن الطلاق شرع لتيسير الخلاص من الحياة الزوجية إذا أصبحت منار للفتن ومحلا للأحقاد وذلك من رحمة الله ولطفه بنا، فيكون عند الحاجة إليه لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها والتضرر بها من غير حصول الغرض منها⁵.

1 - باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012 م، ص1

2 - ناجي بلقاسم علالي، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013 م، ص6 .

3 - أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج9، كتاب الطلاق، باب العدة، دار المعرفة للطباعة، والنشر، لبنان، ص345

4 - محمد كمال إمام، المرجع السابق، ص34

5 - نور الدين عتر، أبغض الحلال ، ط4 ، مؤسسة الرسالة، سوريا، 1985 م ، ص4 .

ثانيا - أدلة مشروعيتها :

لا خلاف بين الفقهاء في مشروعية الطلاق بالكتاب والسنة والاجماع وكذا العقل.

1 - من القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَيْنِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُفِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُفِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأَنَّ لَهُ ذُنُوباً عَلَيْهِمْ يَوْمَ هُمْ فِي النَّارِ﴾¹.

هذه الآية فيها بيان لعدد الطلقات وتقديره ثلاث طلقات، وتجوز الرجعة في اثنتين ولا تجوز في الثالثة لقوله تعالى: ﴿بِإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾² ، وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَّبِعَا يُغْنِ اللَّهُ كِلَا مِّنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعاً حَكِيماً﴾³ ، وقوله أيضا: ﴿يَأْتِيهَا النَّجْءُ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ بِطُلُفُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْضُوا الْعِدَّةَ﴾⁴ ، وفي هذا التوجيه الإلهي دعوة للرجال أن

يتمهلوا فلا يتسرعوا في فصل عري الزوجية فإن الطلاق أبغض الحلال إلى الله و لولا الضرورة القسرية لما أبيع الطلاق لأنه هدم للأسرة، وأن طلقها يحق للمطلقة بل واجبها البقاء في بيتها، وهو بيت مطلقها فترة العدة لا تخرج إلا أن تأتي بفاحشة مبينة⁵.

وقوله جل وعلا ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾⁶،⁶ ودلالة الآية أن لا إثم عليكم أيها الرجال إن طلقتم النساء قبل المسيس (الجماع) وقبل أن تفرضوا لهن مهر، فالطلاق في هذه الحالة غير محظور، إذا كان لمصلحة أو ضرورة⁷.

1 - سورة البقرة [229].

2 - سورة البقرة [230].

3 - سورة النساء [130].

4 - سورة الطلاق [01].

5 - سيد قطب، في ظلال القرآن، م، 6، ط 10، دار الشروق، بيروت، 1982، م، ص 3593.

6 - سورة البقرة [636].

7 - محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، ج 1، المكتبة العصرية، بيروت، 2010، م، ص 12.

2- من السنة : ثبت أن الرسول طلق حفصة ثم راجعها وأن ابن عمر طلق زوجته وهي حائض فسأل عمر في ذلك فقال لعمر : " مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء"¹ ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم : " ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة"² ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم : " إنما الطلاق لمن أخذ بالساق"³ .

3- من الاجماع : أجمع فقهاء الاسلام على مشروعية الطلاق من لدن عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأنه يجوز للرجل أن يطلق زوجته ولم ينكر أحد هذا فكان إجماعاً⁴ .

4- من العقل : لأن العشرة بالمعروف قد لا تدوم بين الزوجين وأن الغاية التي من أجلها شرع الزواج قد تنتفي منه من حيث السكن والمودة، فكان الأولى بهما أن يتفرقا.

ثالثاً - الحكمة من مشروعيته :

إن الزواج هو رابطة مؤبدة بين الزوجين تقوم على المودة والرحمة لقوله تعالى: ﴿ وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً

وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾⁵ فإذا تنافرت النفوس واشتد الخصام فإن الطلاق هو

الحل الأصح للطرفين بدلاً من البقاء مع النفرة والضغينة⁶ ، فهو مباح لحاجة رغم كراهته لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث عمر " :أبغض الحلال إلى الله الطلاق"⁷.

1 - أبو عبد الله مالك بن أنس، الموطأ ، إعداد أحمد راتب عرموس، ط 4 ، دار النفائس، بيروت، 1980 ، ص 19 .

2 - أبو عبد الله بن محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ج 1 ، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، ص 658 .

3 - علي بن عمر الدار قطني، سنن الدار قطني، تعليق أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، ط 1 ، دار ابن حزم، بيروت 2011 ، ص 88 .

4 - إسماعيل أبا بكر علي الباموني، أحكام الأسرة - الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، دراسة مقارنة بالقانون، ط 1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008 م ، ص 230 .

5 - سورة الروم [21] .

6 - أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية - الزواج، الطلاق، التفريق بين الزوجين، ج 1 ، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر 2006 م ، ص 97 .

7 - تم تخريجه .

وشرع الطلاق لأن الإسلام ديناً واقعياً يعمل حساباً لكل الظروف والاحتمالات التي يتعرض لها الإنسان وحرص على وقاية الفرد والأسرة والمجتمع من كل ما يؤدي إلى الحرج والضيق والضرر، وهذا ما فطن إليه الفيلسوف الإنجليزي " بينتام " فقال في كتابه " أصول الشرائع ": " لو ألزم القانون الزوجين البقاء على ما بينهما من جفاء لأكلت الضغينة قلوبهما وكاد كلاً منها للآخر، وسعى إلى الخلاص منه بأية وسيلة تمكنه، وقد يهمل أحدهما صاحبه، ويلتمس الحياة عند غيره ¹ .

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - مقدمة الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية، ج 1 ، الزواج والطلاق، ط5 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2007 م .

المطلب الثاني: أقسام الطلاق .

يتنوع الطلاق إلى عدة أقسام بحسب المعيار الذي يعتمد على أساسه.

الفرع الأول: من حيث مطابقته للسنة .

ينقسم الطلاق من حيث مطابقته للسنة إلى طلاق سنّي وطلاق بدعي.

قال ابن جزري : في طلاق السنة والبدعة : " فالطلاق السنّي ما اجتمعت فيه أربعة شروط وهي : أن تكون المرأة طاهرا من الحيض والنفاس حين الطلاق اتفقا . وأن يكون زوجها لم يمسه في ذلك الطهر اتفقا. وأن تكون الطلقة واحدة خلافا للشافعي. وأن لا يتبعها طلاقا آخر حتى تنقضي العدة خلافا لأبي حنيفة "1.

أولا - الطلاق السنّي:

"هو الواقع على الوجه الذي ندب إليه الشرع وهو أن يكون طلقة واحدة وفي طهر لم يمسه فيه فهو طلاق شرعي"2 .

* رأي الفقهاء في المسألة :

1- الحنفية :

ذهب الأحناف إلى أن طلاق السنة قسمان : (حسن وأحسن) فالأحسن : أن يطلق امرأته واحدة رجعية في طهر لم يجامعها فيه ثم يتركها حتى تنقضي عدتها، أو كانت حاملا استبان حملها. والحسن : أن يطلقها واحدة في طهر لم يواقعها فيه ثم يطلقها في الطهر الآخر واحدة، ثم في الطهر الثالث فتبين³ .

2- المالكية :

فقد روى الإمام مالك في الموطأ عن نافع أن عبد الله بن عمر طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله ﷺ عن ذلك، فقال رسول الله ﷺ: " مره

1- ابن جزري، القوانين الفقهية، المكتبة الثقافية، بيروت، ص 150 .

2- دار العلوم، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001 م، ص 45.

3- محمد الشربيني، الإقناع في حال ألفاظ أبي الشجاع، دار إحياء التراث العربي، عيسى البابي الحلبي 154، 153/2.

فليراجعها فليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء طلق فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء¹ .

وقال تعالى : ﴿ يَأْتِيهَا النَّجْسُ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ بِطُلُفُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْضُوا الْعِدَّةَ ﴾² . أي في قبل عدتهن³ .

وقد جاء في جامع القرآن للقرطبي⁴ عند تأويل قوله تعالى : ﴿ يَأْتِيهَا النَّجْسُ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ بِطُلُفُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْضُوا الْعِدَّةَ ﴾ قال علماؤنا طلاق السنة ما جمع شروطا سبعة : وهو أن يطلقها واحدة، وهي ممن تحيض، طاهرا، لم يمسه في ذلك الطهر، ولا تقدمه طلاق في حيض، ولا تبعه طلاق في طهر يتلوه وخلا عن العوض، وهذه الشروط السبعة من حديث ابن عمر المتقدم⁵ .

3- الشافعية والظاهرية :

وذهب الإمام الشافعي، وأهل الظاهر: إلى أن الطلاق تنتين أو ثلاثا جميعا، طلاق للسنة ، وهذا خلاف رأي الجمهور الذين يرونه طلاقا للبدعة، وسنعرض له إن شاء الله .

ثانيا - الطلاق البدعي:

قال ابن جزى : " وأما البدعي فهو ما نقضت منه هذه الشروط أو بعضها، والطلاق في الحيض حرام واختلف في غير المدخول بها ويجوز طلاق من لا تحيض في كل وقت . ومن طلق زوجته وهي حائض أجبر على أن يراجعها إن كان الطلاق رجعيا حتى تطهر ثم تحيض حيضة أخرى ثم تطهر منها فإذا دخلت في هذا الطهر الثاني فإن شاء أمسكها وإن شاء طلقها، ولا يجبر المطلق في الحيض على الرجعة عندهم كما لا يجبر اتفاقا فيما إذا طلق في طهر مسها فيه أو بعد الحيض قبل الاغتسال منه، ويحسب الطلاق الأول عند الجمهور فإنه نافذ فتكونان طلقتين . والمرأة مصدقة في دعوى الحيض في ذلك"⁶ .

¹ - البخاري - كتاب الطلاق باب إذا طلقت الحائض - الحديث رقم 4953 - 2011/5 وصحيح مسلم - كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض - رقم 1471 - 1093/2 .

² - سورة الطلاق [01] .

³ - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، ط (1398 - 1978) مكتبة الكليات الأزهرية 3/20 .

⁴ - القرطبي : محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري، الأندلسي أبو عبد الله القرطبي المفسر صاحب التفسير المعروف (الجامع لأحكام القرطبي) توفي بمصر سنة 671هـ - الأعلام للزركلي 151/5 .

⁵ - جامع أحكام القرطبي، ط (1376 - 1975) دار الكتب المصرية .

⁶ - ابن جزى، القوانين الفقهية، مرجع سابق ، ص 150 .

* رأي الفقهاء في المسألة :

اتفق الفقهاء على أن الزوج إذا أوقع الطلاق في حال الحيض أو النفاس، أو في طهر جامعها فيه، كان الطلاق عند الجمهور حراما شرعا وعند الحنفية مكروها تحريما، وهو المسمى طلاقا بدعيا، واقتصر المالكية على القول بتحريم الطلاق في الحيض أو النفاس، ويكره في غيرهما¹. ودليل هذا القيد : أن ابن عمر طلق امرأته، وهي حائض، فذكر ذلك عمر للنبي صلى الله عليه وسلم، فقال : ((مره فليراجعها أو ليطلقها طاهرا أو حاملا))²، وفي رواية عنه : ((أنه طلق امرأة له وهي حائض، فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم ثم قال : ليراجعها، ثم يمسكها حتى تحيض فتطهر، فإذا بدا له أن يطلقها، فليطلقها قبل أن يمسه، فتلك العدة كما أمر الله تعالى)) . فهو يدل على أن الطلاق جائز حال الطهر الذي لم يجامع فيه .

وهذا متفق مع الآية القرآنية : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ بِطُلُفُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾ أي

مستقبلات عدتهن .

والسبب هو إطالة العدة على المرأة، ففي الطلاق أثناء الحيض أو في طهر جامعها فيه ضرر بالمرأة بتطويل العدة عليها، لأن الحيضة التي وقع فيها الطلاق لا تحسب من العدة، وزمان الحيض زمان النفرة، وبالجماع مرة في الطهر تفتت الرغبة .

وبه يتبين أن الطلاق البدعي يكون للمرأة التي دخل بها زوجها، وكانت ممن تحيض، أما التي لم يدخل بها الزوج أو كانت حاملا أو لا تحيض، فلا يكون طلاقها بدعيا قبيحا شرعا، قال ابن عباس : الطلاق على أربعة أوجه : وجهان حلال، ووجهان حرام، فأما اللذان هما حلال : فأن يطلق الرجل امرأته طاهرا من غير جماع، أو يطلقها حاملا مستبينا حملها، وأما اللذان هما حرام : فأن يطلق حائضا أو يطلقها عند الجماع، لا يدرى اشتمل الرحم على ولد أم لا .

وقال الشيعة الإمامية والظاهرية وابن تيمية وابن القيم : يحرم الطلاق في أثناء الحيض أو النفاس أو في طهر وطئ الرجل زوجته فيه، ولا ينفذ هذا الطلاق البدعي .

1 - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر ، ص 402.

2 - حديث صحيح رواه الجماعة إلا البخاري " الراوي ابن عمر بن الخطاب ". المصدر: أبو حامد الغزالي : إحياء علوم الدين ، دار الثقافة الجزائر ، ط1 ، 1991 ، ج2 ، ص 116.

وقد اتفق الجمهور على أن الزوج يؤمر بمراجعة الزوجة إن طلق في الحيض أو في طهر جامعها فيه، وهذه المراجعة واجبة عند المالكية، وفي الأصح عند الحنفية، وإذا امتنع الزوج على المراجعة أجبره الحاكم في رأي المالكية بالحبس والضرب حتى يراجع، فإن لم يراجع ارتجعها الحاكم عليه¹.

ولا يقول الحنفية بصحة الرجعة من الحاكم، وإنما للحاكم معاقبة الزوج إن لم يرتجع بما يراه زجراً، لأن كل معصية لا حد ولا كفارة فيها، فالواجب فيها التعزير.

وتستحب المراجعة عند الشافعية والحنابلة، ولا تجب، لأن الزوج بالرجعة يزيل المعنى الذي حرم الطلاق، ولأنه لا يرتفع بالرجعة، فلم تجب عليه الرجعة فيه.

* رأي قانون الأسرة الجزائري :

والملاحظ أن ق أ ج لم ينص على السني و البدعي و يرجع في ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفق نص م 222 من ق أ ج الأمر 02-05.

على هذا نقترح على المقتن الجزائري أن يقضي بوقوع الطلاق في الحيض أو في الطهر الذي مس فيه أو في النفاس أو في طهر سبق أن طلق في الحيض الذي قبله، على أن يكون هذا حكماً عاماً، ويستثنى منه حالة الضرورة القصوى إذا رأى الحاكم استحكام الضرورة قضى بعدم وقوعه ضرورة، على أن يبقى الحكم العام وقوعه، ويكون هذا الاستثناء من باب السياسة الشرعية، بيد أنه يشترط أن تكون الضرورة معتبرة شرعاً كحالة استكمال الثلاث بحيث تكون الأخيرة قد وقعت في حيض أو طهر مس فيه، أو في طهر طلق في حيضة قبله، أو في نفاس، ولا مأوى للزوجة أو مع كثرة الأولاد، وفي هذا كله مع ما يتحقق فيه من مصالح فإنه لم يخرج عن دائرة الفقه الإسلامي².

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 408.
¹ - المبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دراسة فقهية مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2010 م، ص 134.

الفرع الثاني: من حيث إمكانية المراجعة.

ينقسم الطلاق من حيث إمكانية المراجعة إلى طلاق رجعي وطلاق بائن .

أولاً - الطلاق البائن :

قال ابن جزى : فأما البائن فهو في أربعة مواضع وهي : طلاق غير المدخول بها ، وطلاق الخلع ، والطلاق بالثلاث ، فهذه الثلاثة بانئة اتفاقا والرابع هذه الطلقة التي يوقعها أهل زماننا وتسمى (المبارأة) يمكنون بها المرأة أمر نفسها ويجعلونها واحدة من غير خلع وفاقا لابن القاسم وقيل له المراجعة ، وقيل هي ثلاث¹ .

* رأي الفقهاء في المسألة :

أولاً - البائن بينونة صغرى :

1- الطلاق قبل الدخول الحقيقي أو بعد الخلوة الصحيحة المجردة، فالأول يكون بائنا، لأنه لا تجب به العدة ولا يقبل الرجعة، بدليل: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَلْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ بِمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا²﴾ وإذا لم تجب العدة فلا تمكن الرجعة، لأن الرجعة لا تكون إلا في العدة، فيكون الطلاق بائنا غير رجعي .

وأما بعد الخلوة الصحيحة التي لم يحدث فيها اتصال جنسي، فيقع الطلاق بائنا، وإن وجبت العدة، لأن وجوب العدة إنما هو للاحتياط لثبوت النسب، والحكم بصحة الرجعة ليس فيه احتياط ، بل الاحتياط يقتضي الحكم بعدم صحة الرجعة³ .

2- إذا كان الطلاق مقرونا بعبء ، كما إذا قال طلقتك على مؤخرة الصداق .

3- إذا كان الطلاق مقرونا بعدد نص أو إشارة .

¹ - ابن جزى ، مرجع سابق ، ص 150 .

² - سورة الأحزاب [49] .

³ - وهبة الزحلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 434 .

4- إذا انتهت العدة من الطلاق الرجعي .

5- إذا كان الطلاق بلفظ من ألفاظ الكنايات ما عدا الألفاظ الثلاثة التي يقع بها رجعيًا وهي (اعتدي، استبرئي رحمك، أنت واحدة) فإن قال أنت خلية أو برية أو حبلك على غاربك أو الحقي بأهلك تقع طلاقة بائنة إن نوى الطلاق أو كانت هناك قرينة أو دلالة حالة تدل على ذلك¹.

ثانياً : البائن بينونة كبرى .

أن يكون طلاقاً، سواء أكان مكملاً للثلاث تفريقاً، بأن أن يطلق الرجل زوجته كل مرة طلاقة، أم مقترناً بالثلاث لفظاً أو إشارة، مثل أنت طالق ثلاثاً، أو أنت طالق ويشير بأصابعه الثلاث، أم مكرراً ثلاثاً مرات في مجلس واحد أو في مجالس متعددة، بأن يقول لها: أنت طالق ، أنت طالق، أنت طالق ، فيقع ثلاثاً إلا إذا قصد تأكيد الطلقة الأولى السابقة، فلا يقع إلا واحدة .

- **المالكية** : البائن يكون في أربعة مواضع: فأخذوا بقول ابن جزي .

- **الشافعية و الحنابلة** : يتفق مع رأي المالكية فيما عدا المبارأة .

فيقولون : كل طلاق يقع رجعيًا إلا إذا كان قبل الدخول ، أو كان على مال كما في الخلع ، أو كان مكملاً للثلاث أو مقترناً بعد الثلاث².

الأحكام المترتبة عن الطلاق البائن بينونة صغرى:

1- أنه يزِيل الملك لا الحل ولا ترجع المطلقة إلا برضاها بعقد ومهر جديدين .

2- لا توارث بينهما إلا إذا كان الطلاق في مرض الموت (طلاق الفار) .

3- يحل الصداق المؤجل وينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج.

الأحكام المترتبة عن الطلاق البائن بينونة كبرى:

1- إزالة الملك والحل معا ولا يبقى أثر سوى العدة .

2- يحل الصداق المؤجل .

¹ - أبي القاسم ابن الجلاب المصري ، التفريع ، ط 1 (1408 هـ - 1987 م) دار المغرب الاسلامي 2 / 74 ، 75 .
 زكريا الانصاري ، أسنى المطالب شرح روضة الطالب ، المكتبة الاسلامية لصاحبها الحاج رياض 287/3 - 288 .

² - وهبة الزحلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ص 436 .

3- يمنع التوارث إلا إذا كان الطلاق طلاق الفار .

4- تحرم به المطلقة على الزوج تحريما مؤبدا حتى تتزوج بزواج آخر ويدخل بها دخولا حقيقيا ثم يطلقها أو يموت عنها وتنقضي عدتها¹ .

* رأي قانون الأسرة الجزائري :

إذا رجعنا إلى القانون المصري الذي اعتمده المقتن الجزائري كمصدر من مصادر هذا القانون وجدناه فرق بوضوح بين الطلاق الرجعي والبائن .

حيث جاء في المادة (05) منه : (كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما نص على كونه بائنا ؟ في هذا القانون، والقانون نمرة 25 سنة 1920). وهو الطلاق للعيب والطلاق للسجن والطلاق للتضرر بسبب الغيبة والطلاق للتضرر بسبب الإيذاء بالقول أو الفعل بما لا يليق بأمثالها² .

ثانيا - الطلاق الرجعي:

قال ابن جزي : "أما الرجعي فهو ما عدا هذه المواضع ويملك في الرجعي رجعتها ما لم تنقض عدتها وتجب نفقتها وكسوتها عليه طول العدة فإذا انقضت العدة بانتهت منه فلم يملك رجعتها إلا بإذنها وسقطت عنه النفقة والكسوة وأما البائن فتبين منه ساعة الطلاق" .

* أقوال الفقهاء في الطلاق الرجعي :

والأصل في الطلاق الذي يوقعه الزوج أن يكون رجعيا وهذا في الطلقة الأولى والثانية ما دامت الزوجة المطلقة في عدتها لقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَيْنِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾³ إذ يستطيع الزوج أن يراجعها في أية لحظة دون قيد أو شرط حتى ولو لم تكن الزوجة راضية فباستعمال الرجعة تبقى الزوجية قائمة، أما إذا انتهت العدة ولم يراجعها أو راجعها بعد انتهائها فإنها تخرج من الطلاق الرجعي إلى البائن⁴ .

¹ - محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02 الأسرة والتشريع، دار الوعي للنشر والتوزيع، 2012 م ، ص 64، 65 .

² - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ط3 (1967-1377) ص 309 .

³ - سورة البقرة [229] .

⁴ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط1 ، دار الخلدونية، الجزائر، 2008 م ، ص 17 .

وعليه يكون كل طلاق رجعياً، إلا الطلاق قبل الدخول، أو الطلاق على مال، أو ما كان مكماً للثلاث وهذا عند جمهور الفقهاء .

وذهب الأحناف ومعهم بعض المالكية : إلى أن الطلاق يكون رجعياً في حالتين :

- إذا كان الطلاق بعد الدخول بصريح الطلاق إذا كان واحداً أو اثنين .

- ألفاظ الكناية التي لا تفيد معنى الشدة وهي ثلاثة ألفاظ (اعتدي، واستبرئي رحمك، أنت واحدة)¹ .

ينعقد الطلاق الرجعي سبباً لزوال الملك² في الحال ويتم عليه عند انقضاء العدة .

فما دامت العدة لم تنقض فالزوجة قائمة حكماً، فيكون للزوج حق المراجعة إذا شاء .

وتبقى الحقوق الزوجية ثابتة لكل واحد منهما على صاحبه ولا يمنع التوارث بينهما إذا مات أحدهما في العدة .

لكنه ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته وبانتهاء العدة تبين منه، فتسقط الحقوق، وله أن يتزوجها بعقد ومهر جديدين وبرضاها³ .

¹ - أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، مكتبة النجاح ليبيا (د.ط) ج4 ص 100.

² - الملك يعني الحقوق الزوجية، والحقوق التي تبقى معه هي النفقة والسكنى وحق التوارث والمعاملة بالحسن .

³ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية ، مرجع سابق، 312.

كان من الممكن أن نكتفي بما سلف ذكره عن الطلاق البائن والرجعي ولكن رأينا من الأفضل ومن باب البيان والتوضيح والتسهيل عمل هذه المقارنة بين هذين الطلاقين (البائن والرجعي) لمعرفة ما اتفقا واختلفا فيه وذلك من خلال الجدول الآتي :

الطلاق الرجعي	الطلاق البائن
1- يحق فيه للرجل مراجعة مطلقته ما دامت العدة قائمة لم تنقض بعد .	1- لا يحل للرجل مراجعة مطلقته بمجرد صدوره إذ يصيرها أجنبية.
2- لا يرفع عقد الزواج ولا يزيل الملك وبالتالي لا يمنع الاستمتاع بالزوجة .	2- يرفع عقد الزواج ويزيل الملك وبالتالي يمنع الاستمتاع بالزوجة .
3- يرث أحدهما الآخر ما دامت العدة قائمة لم تنقض بعد .	3- لا يرث أحدهما الآخر.
4- نفقتها واجبة عليه أثناء العدة .	4- نفقة المطلقة غير واجب على زوجها المطلق
5- يحل للزوج المطلق مراجعة مطلقته بلا عقد ولا مهر ولا رضا الزوجة ولا علم وليها وذلك إذا كانت العدة قائمة لم تنقض بعد كما أنه لا يشترط أن تتكح زوجا غيره .	5- لا يحل للمطلق مراجعة مطلقته إلا بعقد ومهر جديدين، إذا كانت المطلقة مباينة بينونة صغرى أو بنكاح زوج آخر إذا كانت المطلقة مباينة بينونة كبرى .
6- لا يحل بهذا الطلاق الصداق المؤخر لأحد الأجلين إلا بعد انقضاء العدة .	6- لا يحل بهذا الطلاق الصداق المؤخر لأحد الأجلين الموت أو الطلاق .
7- ينقص من عدد الطلاقات التي يملكها الرجل على زوجته .	7- ينقص من عدد الطلاقات التي يملكها الرجل على زوجته .

* رأي قانون الأسرة الجزائري :

يترتب على الطلاق الرجعي عدة أحكام منها:

- 1- نقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج وفقا لنص م 50 (ق أ ج) 02-05.
 - 2- إمكان المراجعة في العدة م 58 و 60 من (ق أ ج) 02-05.
 - 3- الطلاق الرجعي لا يزيل ملكا ولا حلا ما دامت الزوجة في العدة، فعليها أن تبقى في منزل الزوجية م 61 من (ق أ ج) 02-05.
 - 4- يرث أحدهما الآخر م 132 (ق أ ج) 02-05¹.
- والملاحظ أن ق أ ج جاءت أحكامه موافقة لأحكام الشريعة الإسلامية .

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص، 316، 317.

المطلب الثالث : في عدد الطلاق .

قال ابن جزى : « هو واحدة واثنان وثلاث . وتنفذ الثلاث سواء بعد واحدة اتفاقا أو جمع الثلاث في كلمة واحدة عند الجمهور خلافا للظاهرية »¹ .

* أقوال الفقهاء في المسألة :

اختلف الفقهاء في مشروعيته فقال الشافعي وداود وأحمد في رواية إنه مشروع غير محرم : مستدلين بما روت عائشة أن امرأة رفاعة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت يا رسول الله إن رفاعة طلقني فبت طلاقي، وبما روى أن عويمر العجلاني لما لعن امرأته طلقها ثلاثا بقوله في حضرة الرسول : هي الطلاق . هي الطلاق . هي الطلاق فلم ينكر عليه . كما استدلوا بعمومات الكتاب والسنة التي لم تحدد جمعا ولا تفريقا وهي قوله تعالى : ﴿ اَلطَّلَاقُ مَرَّتَيْنِ ﴾ وقوله تعالى : ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ ﴾ وقوله عليه الصلاة والسلام ((كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه)) .

وقال الحنفية ومالك : إن الطلاق المجموع غير مشروع وحجتهم : قوله تعالى : ﴿ بَطْلُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾ فإن معناه في أطهار عدتهن أي ثلاثا في ثلاثة أطهار، كذا فسرتها السنة، وجه الدلالة أنه سبحانه قابل الطلاق بالعدة ، وهما ذو عدد فيقسم أحاد أحدهما على أحاد الآخر، فيكون أمرا بالتفريق ، والأمر بالشيء نهى عن ضده وهو الجمع فيكون محرما .

واستدلوا من السنة بما روى عن محمود بن لبيد أن رسول الله ﷺ ، أخبر عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات فقام مغضبا ، ثم قال : ((أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم؟))² فقد أنكر رسول الله صلى الله عليه وسلم على من طلق ثلاثا ، فكان دليل عدم المشروعية³ .

وقوله⁴ : (... أو جمع الثلاث في كلمة واحدة عند الجمهور خلافا للظاهرية).

¹ - ابن جزى ، القوانين الفقهية ، ص 150-151.

² - النسائي ، السنن ، كتاب الطلاق، مكتبة المطبوعات الإسلامية ، (1414هـ - 1994م) ، ج6 ، ص 143 .

³ - بدران أبو العينين، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام ، ط2 (1961م) ، مكتبة دار التأليف ، ص 226-227.

⁴ - أي ابن جزى .

أما الطلاق ثلاثا بكلمة واحدة فقال الأئمة الأربعة يقع ثلاثا، وقال الزيدية من الشيعة وابن تيمية وتلميذه ابن القيم من الحنابلة يقع واحدة رجعية . وقال بعض الإمامية لا يقع به شيء واختاره بعض أهل الظاهر .

احتج الأئمة الأربعة : بقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾

قالوا إنه تعالى لم يفرق بين أن تكون الثلاث مجموعة أو مفرقة ، ولا يجوز أن نفرق ما جمع الله بينه ، كما لا نجمع بين ما فرق الله بينه .

وبما نقل عن طائفة من الصحابة كعثمان وعلي وابن مسعود وعمر بن الخطاب وابن عباس أنهم أفتوا بأن من طلق امرأته ثلاثا وقعت ثلاثا ، وإنما قالوا ذلك بعلم من رسول الله ﷺ . وما ورد من الأحاديث الدالة على عدم وقوع الثلاث فمسنوخ في عهد الرسول ﷺ .

واحتج الشيعة الإمامية على أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع به شيء بأن الطلاق على هذا الوجه جاء على غير السنة فهو بدعي . وكل ما كان كذلك فهو رد لا يلتفت إليه ، لقوله عليه الصلاة والسلام ((من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد))¹ وإذا كان ردا لا يقع به الطلاق .

واحتج من قال بوقوع واحدة رجعية : بالنص والقياس . أما النص فما رواه معمر أن أبا الصهباء قال لابن عباس ألم تعلم أن الثلاث كانت تجعل واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر رضي الله عنه وصدرا من إمارة عمر رضي الله عنه ، قال نعم² .

* رأي قانون الأسرة الجزائري :

جاء في المادة 51 منه : (لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره ، وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء) .

فهو يقرر بأن الطلاق الثلاث تحرم به الزوجة ، ولا يجوز مراجعتها إلا بعد أن تتزوج بزواج آخر ثم يطلقها أو يموت عنها بعد البناء .

1 - صحيح مسلم، كتاب الأقضية ، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثاتها ، دار إحياء الكتب العلمية، ج 3 ، ص 1344

2 - أحكام الزواج والطلاق في الإسلام ، مرجع سابق ، ص 228.

وهذا الحكم في مجمله موافق للشريعة الإسلامية، أما فيما يخص الطلاق الثلاث بلفظ واحد (طالق ثلاثا) والطلاق المتتابع (أنت طالق أنت طالق أنت طالق) وطلاق المعتدة ، فلم يأت النص عليها في هذا القانون ، مع أنه قد نص على (ثلاث مرات متتالية)¹ .

ثم قال : (من طلق طلقة واحدة أو اثنتين فنكحها زوجها غيره ودخل بها ثم نكحها الأول بنى على ما كان عليه من عدد الطلقات فلو طلقها ثلاثا ثم نكحها بعد زوج غيره استأنف عدد الطلقات كنكاح جديد لأن الزوج الثاني لا يهدم ما دون الثلاث ويهدم الثلاث وقال أبو حنيفة يهدم مطلقا.

* أقوال الفقهاء في المسألة :

اختلف الفقهاء في مسألة الهدم على قولين :

القول الأول : تعود إليه بطل جديد ويملك الزوج الأول عليها ثلاث طلقات لأن الزوج الثاني هدم عدد طلقات الزوج الأول لأنه إن كان يهدم الثلاث طلقات فمن باب أولى يهدم ما دون الثلاث . وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف .

القول الثاني : تعود إليه بما بقي من عدد الطلقات . وهو قول أكابر الصحابة منهم عمر وعلي وأبي ومعاذ وعمران بن حصين وأبو هريرة وزيد وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم، وهو مذهب مالك والشافعي وأحمد في المشهور عنه² .

ثم قال : (وأقصى طلاق العبد طلقتان وقال أبو حنيفة ثلاثة كالحرة ولا يعتبر كون المطلقة أمة عند الإمامين واعتبره أبو حنيفة فقال أقصى طلاقها طلقتان للحرة والعبد وعلى المذهب فإذا طلق الحر ثلاثا أو العبد طلقتين لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره حسبما تقدم).

* أقوال الفقهاء في هذا :

وهو قول الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله ومن الصحابة عثمان بن عفان وزيد بن ثابت وابن عباس رضي الله عنهم³ .

وقال فريق آخر: إن الطلاق معتبر بالنساء ، فتطلق الأمة تطليقتين حرًا زوجها كان أو عبدا .

¹ - الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 159-185.

² - طارق بن أنور آل سالم، الواضح في أحكام الطلاق، دار القمة - دار الإيمان، ص 77.

³ - محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار شريفة، ج2، ص 61.

وهو مروى عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما .

وبه قال الحسن وابن سيرين وعكرمة وعبيدة ومسروق والزهري والحكم وحماد والثوري وهو مذهب الحنفية¹ .

وقال ابن حزم : طلاق العبد لزوجته الأمة أو الحرّة ، وطلاق الحر لزوجته الأمة أو الحرّة ، كل ذلك سواء ، لا تحرم واحدة ممن ذكرنا على مطلق ممن إلا بثلاث تطليقات مجموعة أو مفرقة ، لا بأقل أصلاً² .

1 - أسد الله محمد حنيف، فقه عثمان بن عفان رضي الله عنه في أحكام الأسرة ، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الشريعة الإسلامية فرع الفقه والأصول (1415هـ - 1994م) ، ص 112.

2 - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلى بالآثار ، تحقيق: الدكتور عبد الغفار سليمان البنداري، لبنان - بيروت، دار الكتب العلمية ، ج9، ص 502.

المبحث الثاني : أركان الطلاق وتعليقه .

نحاول التطرق في هذا المبحث إلى أركان الطلاق وصيغته وتعليقه من خلال المطالب التالية :

تمهيد:

للطلاق أركان ولكل ركن شروط يجب توافرها جميعا، بعضها يرجع إلى من يقع منه الطلاق وهو الزوج أو المطلق وبعضها يرجع إلى من يقع عليه الطلاق وهي الزوجة أو المطلقة وبعضها يرجع إلى ما يقع به الطلاق وهي الصيغة، وسنتناول كل ركن في مطلب.

المطلب الأول : ركن المطلق وشروطه .

قال ابن جزري : (فأما المطلق فله أربعة شروط : الإسلام ، والعقل ، والبلوغ ، والطوع .لا ينفذ طلاق مجنون ولا كافر اتفاقا ولا صبي غير بالغ وقيل ينفذ طلاق المراهق وفاقا لابن حنبل. وأما السكران فشهور المذهب نفوذ طلاقه وفاقا لأبي حنيفة وخلافا للظاهرية وقال ابن رشد إن كان بحيث لا يعرف الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة فهو كالمجنون وإن سكره دون ذلك فهو الذي ينفذ طلاقه . وأما من أكره على الطلاق بضرب أو سجن أو تخويف فإنه لا يلزمه عند الإمامين وابن حنبل خلافا لأبي حنيفة)¹ .

أولا: أن يكون بالغاً عاقلاً، فالصبي وإن كان مميزاً لا يقع طلاقه ولو أجازته الولي، لأن الطلاق تصرف ضار ضرراً محضاً.

ولمّا كان الطلاق أمراً خطيراً تترتب عليه بعض الالتزامات ، فإن الفقهاء اختلفوا في مدى وقوع طلاق كل من السكران والسفيه ونحوه وفي ما يلي بيان ذلك :

1- طلاق المجنون والمدهوش: ولا يصح طلاق المجنون، ومثله المغمى عليه والمدهوش هو الذي اعترته حالة من الانفعال لا يدري فيها ما يقول أو يفعل أو يصل به الانفعال الى درجة يغلب معها الخلل في أقواله وأفعاله ، بسبب فرط الخوف أو الحزن أو الغضب ، لقوله صلى الله عليه وسلم : " لا طلاق في إغلاق"² ، والإغلاق كل ما يسد باب الإدراك والقصد والوعي لجنون أو شدة غضب أو شدة حزن ونحوه³ .

¹ - القوانين الفقهية، ص 151.

² - علي بن عمر الدار قطني، سنن الدار قطني ، ص 884.

³ - عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق -في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، ط 1 ، دار الخلدونية، الجزائر، 2007 م ، ص 218.

2- طلاق السكران : فقال الأئمة الثلاثة لا يقع طلاقه ، ولو كان سكره بمعصية، وحجتهم أن السكران لا قصد له، ولا طلاق من قصد، ولأنه مبتلى بذهاب عقله فتبطل تصرفاته كالمطلق الزائل العقل بجنون ، ولأنه عليه السلام فيما يرويه عثمان رضي الله عنه ((ليس لمجنون ولا سكران طلاق)) . واختار هذا الرأي من الحنفية الطحاوي و الكرخي . ولكن المشهور في المذهب الحنفي أن طلاق السكران يرجع إلى سبب سكره . فيرون أن السكران بشيء مباح كالبنج والدواء لا يقع طلاقه، وأما إن كان السكر محظورا كمن شرب خمرا ونحوها من المواد المعروف إسكارها فلا يكون معذورا فيقع طلاقه، وحجتهم أن السكران مكلف، فهو مأخوذ بما ينطق به إن كان الذي ذهب بعقله محرما، فالمحرم لا يسقط المسؤولية، ولأنه لو قذف أقيم عليه الحد، والحق أن السكران يقتضى فقد وعيه ألا يقع طلاقه¹.

3- طلاق المكره : طلاق المكره لا يقع عند الجمهور غير الحنفية لانتفاء القصد² ، لقوله صلى الله عليه وسلم : " إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه "³.

4- طلاق المريض مرض الموت : طلاق المريض نافذ كالصحيح اتفاقا، ومرض الموت عارض سماوي يصيب الإنسان في مرحل حياته فيؤثر في قواه البدنية ، ويترتب عليه شرعا تغيير في بعض الأحكام حماية للغير، أي أن من تعرض لهذا العارض فإنه قد يتصرف تصرفا يقصد به الإضرار بغيره وخاصة زوجته ويسمى طلاق الفار .

قال ابن جزى: " طلاق المريض نافذ كالصحيح اتفاقا فإن مات من ذلك المرض ورثته المطلقة خلافا للشافعي ولا ينقض ميراثها وإن انقضت عدتها وتزوجت ، وقال أبو حنيفة ترثه مادامت في العدة وقال ابن حنبل ما لم تتزوج "⁴.

أقوال الفقهاء فيه :

لا خلاف بين الفقهاء أن طلاق المريض مرض الموت يقع وتترتب عليه جميع آثاره التي تترتب على طلاق الصحيح ما دام أهلا لإيقاعه فإن اختل عقله مثلا فلا يقع طلاقه .

أما ميراث زوجته منه فهذا عرض لأقوالهم في المسألة :

1 - بدران أبو العيين، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مرجع سابق، ص 219.
2 - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 49 .
3 - سنن ابن ماجة - كتاب الطلاق، باب الطلاق المكره، المصدر السابق، ج 1 ، ص 658.
4 - ابن جزى، القوانين الفقهية، ص 151.

- إذا طلق المريض مرض الموت زوجته طلاقاً رجعياً ثم توفي وهي في عدتها ورثته اتفاقاً لبقاء الزوجية الموجبة للميراث وسائر الأحكام كالظهار والإيلاء وله مراجعتها بغير رضاها.

- وإذا توفي بعد انقضاء عدتها فلا ميراث لها لانتهاء آثار عقد الزواج ولأنه بتطبيقها رجعياً لا يعتبر فاراً من الميراث .

- وإذا طلق المريض مرض الموت طلاقاً بانئنا بناء على طلبها أو مخالعة ثم مات وهي في العدة فلا ترثه عند الحنفية وأحمد في رواية والشافعي في القديم لأنها رضيت بإبطال حقها ، وقال مالك وأحمد في الرواية الثالثة ترثه لأنه طلقها في مرض موته وإن رضيت أن يطلقها طلاقاً رجعياً فطلاقها بانئنا ثم مات وهي في العدة اعتبر فاراً من الميراث عند القائلين بأن زوجة الفار ترث منه لأن الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فلم تكن بسؤالها الطلاق الرجعي راضية ببطلان حقها في الميراث .

- وإذا طلقها في مرض موته طلاقاً بانئنا دون طلب منها أو رضاها به ولم يكن مخالعة على مال فقد اختلفت أقوال الفقهاء في ميراثها منه .

فذهب الشافعي في الجديد إلى أنها لا ترث منه مطلقاً مات في العدة أو بعد انقضائها وهو مروى عن علي وعبد الرحمن بن عوف لانقطاع الزوجية بينهما ولأنها لو ماتت لم يرثها بالاتفاق، فكذلك إذا مات وهي في العدة وقياساً على الطلاق في زمن الصحة ولأن أسباب الميراث محصورة في رحم ونكاح وولاء وليس لها شيء .

وذهب أبو حنيفة وأحمد في رواية والشافعي في القديم أنها ترث منه إن توفي وهي في العدة من الطلاق البائن .

وذهب أحمد بن حنبل في أشهر الروايتين عنه إلى أنها ترثه وهي في العدة وبعدها ما لم تتزوج بآخر .

وذهب مالك إلى أنها ترثه مطلقاً سواء توفي في العدة أو بعدها، تزوجت بآخر أم لم تتزوج.

والقول بتوريث زوجة الفار مروى عن جمع غفير من الصحابة حتى ذكر بعضهم إجماعهم على توريثها، منهم عمر وابنه وعثمان وابن مسعود والمغيرة وعلي وأبي بن كعب وعبد الرحمن بن عوف وعائشة وزيد بن ثابت رضي الله عنهم أجمعين و به قال جماعة من السلف منهم النخعي والشعبي وسعيد بن المسيب وابن سريين وعروة وشريح وربيعة بن عبد الرحمن وطاوس وابن شبرمة والثوري وحماد بن أبي سليمان .

وقد احتج هؤلاء بأن عثمان رضي الله عنه ورث تمارض بنت الأصبع بن زياد الكلبية من عبد الرحمن بن عوف لما بتت طلاقها في مرضه ومات وهي في العدة وكان ذلك بمحضر من الصحابة فلم ينكر عليه أحد فكان إجماعاً وقال: ما اتهمته ولكن أردت السنة .

ولا يقدر في هذا الإجماع ما روي أن ابن الزبير قال في خلافته: لو كنت أنا لم أورثها فإنه يحتمل أنه أراد به أنه لا يرثها لعدم علمه بالحكم الشرعي إذ ذاك .

وقياساً على ما لو وهب المريض مرض الموت كل ماله أو تبرع لبعض الورثة فإن تصرفه يكون باطلاً بينهما أنه أراد إبطال حق بعد تعلقه بماله، ووجه تعلق حق الزوجة بأن حق الورثة يتعلق بماله بالمرض لأنه سبب الموت والزوجة من الورثة .

ولأنه قصد بالطلاق حرمانها من الميراث فيرد عليه قصده قياساً على من قتل مورثه بجامع أن كلا منهما فعل فعلاً محرماً لغرض الفساد .

واحتج الحنابلة بما احتج به الحنفية إلا أنهم قالوا تترث إن توفي بعد انتهاء عدتها ما لم تتزوج لما روى أبو سلمة بن عبد الرحمن (أن أباه طلق أمه وهو مريض فمات فورثته بعد انقضاء عدتها) وبما روي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال: (تترث ما لم تتزوج) ولأن سبب توريثها فراره من ميراثها وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة .

واعترض بأن توريثها بعد العدة يفضي إلى توريث أكثر من أربعة نسوة ولم يعهد مثل هذا في الشرع ولأنه لم يبق أي أثر من آثار النكاح بعد انقضاء العدة ويحمل قول أبي بكر على معنى ما لم تقدر على أن تتزوج وهو بانقضاء العدة .

واحتج المالكية بأن قضاء عثمان رضي الله عنه كان بعد العدة وبأن سبب توريثها فراره من ميراثها. وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة ويرد عليه بما سبق من انقطاع أثر النكاح بانتهاء العدة وبأن ما روي عن عثمان رضي الله عنه معارض بالروايات الكثيرة التي تدل على أن قضاء عثمان كان وهي في العدة . مما سبق يتبين رجحان الرأي القائل بتوريث زوجة الفار إذا توفي وهي في العدة¹ .

¹ - محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، كلية الشريعة - الجامعة الأردنية، دار الفكر، ط 3 (1431هـ - 2010م)، ص 220-221-223 .

* رأي قانون الأسرة الجزائري من ركن المطلق وشروطه:

نص المشرع الجزائري في م 48 (ق أ ج) 02-05 " يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة بحدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون "وبالتالي ذكر المشرع صور الطلاق دون ذكر التفاصيل الأخرى.

ولم يورد (ق أ ج) أي نص يتعلق بشروط المطلق مما يوجب الأخذ بالمذهب المالكي طبقا م 222 (ق أ ج) 02/05، ورغم سكوته عن الشروط اللازمة لإيقاع طلاق الزوج فقد نص في م 85 (ق أ ج) 02/05 بأنه " تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفيه " والأهلية المطلوبة هنا هي أن يكون الزوج المطلق متمتعاً بقواه العقلية وغير محجور عليه¹.

كما نصت م 132 من ق أ 02-05 على أنه " إذا توفى أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث"، هنا قد تكون الوفاة بسبب مرض الموت فيكون قد طلقها في مرض الموت وهذا ما يمكن استنتاجه من نص المادة.

وهذا ما أيّدته المحكمة العليا من خلال القرار الصادر في 17-3-1998 الذي نص على أن الطلاق في مرض الموت - جواز ذلك - ماعدا حالة الحرمان من الميراث.

إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق، ماعدا إذا كان القصد من الطلاق في

مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث².

¹ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 230

² - حسين طاهري، قانون الأسرة في ظل اجتهاد المحكمة العليا - الزواج وانحلاله، الخطبة، دار الخلدونية، الجزائر، 2015 م، ص 32.

المطلب الثاني: ركن المطلقة وشروطه .

قال ابن جزري: "أما المطلقة فهي الزوجة سواء كانت في العصمة أو في العدة من طلاق رجعي فينفذ طلاقها اتفاقا ولا ينفذ طلاق الأجنبية اتفاقا وكذلك البائن"¹ .

* أقوال الفقهاء في المسألة :

لا خلاف بين الفقهاء أن المطلقة هي الزوجة في نكاح صحيح شرعي فهي محل الطلاق ومن يقع عليها الطلاق، أما المرأة الأجنبية عن الرجل إذا وقع عليها الطلاق لا تكون مطلقة، وسبب ذلك هو أنها ليست محلا لطلاقه، والطلاق الواقع منه عليها هو لغو من القول لا ينتج أثرا شرعيا بالنسبة لها². ويشترط لوقوع الطلاق عليها ما يلي :

أولا - قيام الزوجية وقت الطلاق:

فيقع عليها الطلاق حال قيام الزوجية الصحيحة قبل الدخول أو بعده، ولا يقع على امرأة غير متزوجة وأن تكون الزوجة في طهر لم يمسه فيها.

ثانيا - صحة الزواج بالعقد:

فلا يقع عن امرأة متزوجة زواجا غير صحيح .

ثالثا - ألا تكون مطلقة قبل الدخول:

فلا يقع الطلاق على من تزوجت زواجا صحيحا ثم طلقت قبل الدخول ولا يلحقها طلاق آخر، لأنها لم تكن من ذوات العدد.

¹ - القوانين الفقهية، ص152.

² - أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية، الزواج، الطلاق، التفريق بين الزوجين، دار الكتب القانونية، مصر، ص165 .

رابعاً : ألا تكون منتهية العدة أو مطلقة ثلاثاً¹.

* رأي قانون الأسرة الجزائري من ركن المطلقة وشروطه:

لم يورد المشرع الجزائري أي نص يتعلق بمحلية الطلاق ، ومما يوجب على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفق نص م 222 من (ق أ ج) 02-05 ، غير أنه واضح في م 48 (ق أ ج) 02-05 بأن الطلاق هو حل عقد الزواج الصحيح ، كما أنه نظم أحكام الرجعة في المادتين 50 و51 من ق أ 02-05 .

¹ - محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر 2012 م ، ص 55 .

المطلب الثالث : ركن الصيغة.

نبحث عن شروط هذا الركن في نقطتين هامتين وهما أولا ألفاظ الطلاق، ثانيا صيغة الطلاق .

الفرع الأول: ألفاظ الطلاق.

قال ابن جزي: " وأما ألفاظ الطلاق فهي أربعة أنواع: (النوع الأول) الصريح وهو ما فيه لفظ الطلاق كقوله طالق أو طالقة أو مطلقة أو قد طلقتك أو طلقت مني لزمه الطلاق بهذا كله ولا يفتقر إلى نية، وإن ادعى أنه لم يرد الطلاق لم يقبل منه ذلك إلا إن اقترنت بقرينة تدل على صدق دعواه مثل أن تسأله أن يطلقها من وثاق فيقول أنت طالق . وألحق الشافعي بالصريح لفظ التسريح والفرق " ¹ .

1- اللفظ الصريح : هو اللفظ الذي ظهر المراد منه، وغلب استعماله عرفا في الطلاق كالألفاظ المشتقة من الطلاق مثل :أنت طالق، طلقتك، أنت مطلقة.

والشافعي يرى أن ألفاظ الطلاق الصريحة التي لا تحتاج إلى نية عنده ثلاثة : وهي الطلاق والفرق والسراح، وهي المذكورة في القرآن الكريم، وكذا عند بعض أهل الظاهر ² .

ثم قال : "(النوع الثاني) الكناية الظاهرة وهي التي جرت العادة أن يطلق بها في الشرع أو في اللغة كلفظ التسريح والفرق وكقوله أنت بائن أو بته أو بتة وما أشبه ذلك فحكم هذا حكم الصريح . وقال الشافعي يرجع إلى ما نواه ويصدق في نيته" ³ .

2- اللفظ الكناية : وهو كل لفظ يحتمل الطلاق وغيره ولم يتعارفه الناس بإرادة الطلاق كقول الرجل لزوجته الحقي بأهلك واخرجي واذهبي، أنت بائن، أنت بته، استبرئي رحمك، أمرك بيدك.

¹ - ابن جزي ، القوانين الفقهية، ص 152.

² - بدران أبو العينين، الواضح في أحكام الطلاق، مرجع سابق، ص33.

³ - المرجع نفسه، ن ص .

وعند المالكية الكناية نوعان ظاهرة وخفية والكناية الظاهرة لها حكم الصريح كلفظ التسريح والفراق أو قوله أنت بائن وبنة أما الخفية كقوله اعتدي فيقع بها طلقة واحدة إلا إذا نوى أكثر من ذلك¹.

ثم قال: "(النوع الثالث) الكناية المحتملة كقوله الحقى بأهلك وأذهبي وأبعدي عني وما أشبه ذلك فهذا لا يلزم الطلاق إلا إن نواه وإن قال إنه لم ينو الطلاق قبل قوله في ذلك . (النوع الرابع) ما عدا الصريح والكناية من الألفاظ التي لا تدل على الطلاق كقوله اسقني ماء وما أشبه ذلك فإن أراد به الطلاق لزمه على المشهور وإن لم يرده لم يلزمه² .

وفي هذا السياق يقول الحبيب بن طاهر: ((إذا نوى الزوج والطلاق وعدده في كل كناية خفية توهم قصد الطلاق، لزمه ما نواه . وذلك نحو أذهبي وانصرفي وانطلقني، أولم أتزوج، أو قيل له : ألك زوجة؟ فقال : لا، أو قال لزوجته : أنت حرة أو معتقة، أو الحقى بأهلك أو لست لي امرأة .

فإن ادعى عدم الطلاق صدق، وإن ادعى عددا، واحدة أو أكثر صدق، فإن ادعى أنه نوى الطلاق ولم ينو عددا لزمه الثلاث في المدخول بها وفي غير المدخول بها.

وإذا قصد الطلاق بكلمة، كاسقني، أو صوت ساذج ، أو مزمار، لزمه. وهذا من الكناية الخفية عند الفقهاء وإن لم يستعمل في لازم معناه . ووجه لزوم الطلاق أنه لفظ قصد به إلى إيقاعه قياسا على التلفظ بكنايات الطلاق. وهذه المسألة مبنية على أن الطلاق لا يقع بمجرد النية، وإنما يقع بما يقارن النية من اللفظ.

وأما صوت الضرب واليد، فهو من الفعل الذي يحتاج للعرف أو القرائن .

ويعاقب الآتي بهذه الألفاظ الموجبة للتلبس على نفيه وعلى الناس³ .

¹ - عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، مرجع سابق، ص222 .

² - القوانين الفقهية، ص 152.

³ - الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج 4 ، ط 2 ، دار المعارف للطباعة والنشر، لبنان، ص61.

* رأي قانون الأسرة الجزائري من ألفاظ الطلاق :

يقع الطلاق بالأسلوب الذي ينعقد به الزواج أي بالألفاظ الصريحة، كما يقع بالكتابة المفهومة، وبما أن الطلاق هو تعبير عن الإرادة وفق م 48 ق أ 05-02 الذي يكون باللفظ وبالكتابة أو الإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه حسب م 60 من ق أ 05-02، وقد ذهبت (م ع) في قرارها المؤرخ في 14/05/1984 بأنه "من المقرر شرعاً أن الطلاق هو حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج الذي يملك وحده فك عصمة النكاح ولا ينوب عنه في ذلك إلا من فوض لهم أمره، ولا يتم ذلك إلا بصيغة صريحة وواضحة"¹.

الفرع الثاني : أنواع صيغة الطلاق

قال ابن جزي: " والطلاق على نوعين: معجل ومعلق، فالمعجل ينفذ في الحين، وأما المعلق فهو الذي يعلق إلى زمن مستقبل أو وقوع صفة أو شرط"².

أقوال الفقهاء في المسألة:

القول الأول: إذا أوقع الطلاق في زمن أو علقه بصفة تعلق بها، ولم يقع حتى تأت الصفة والزمن وهذا قول ابن عباس ، وعطاء، وجابر بن زيد، والنخعي، وأبي هاشم، والثوري، والشافعي، وإسحاق، وأبي عبيد، والأحناف والحنابلة.

وقال سعيد بن المسيب، والحسن، والزهرري، وقتادة، ويحي الأنصاري، وربيعه ومالك: إذا علق الطلاق بصفة تأتي لا محالة كقوله : أنت طالق إذا طلعت الشمس، أو دخل رمضان، طلقت في الحال، لأن النكاح لا يكون مؤقتاً بزمان، ولذلك لا يجوز أن يتزوجها شهراً.

دليل القول الأول: أن ابن عباس كان يقول في الرجل يقول لامرأته: أنت طالق على رأس السنة قال: يظاً فيما بينه وبين رأس السنة، ولأنه إزالة ملك يصح تعليقه بالصفات فمتى علقه بصفة لم يقع قبلها كالعتق فإنهم سلموه، وقد احتجوا أيضاً بقول أبي ذر: إن لي إبلا يرهاها عبد لي وهو عتيق إلى الحول، ولأنه تعليق للطلاق بصفة لم توجد فلم يقع كما لو قال: أنت طالق إذا قدم الحاج، وليس هذا توقيتاً للنكاح، وإنما هو توقيت للطلاق، وهذا واضح لا لبس فيه، فهذا لا يمنع، كما أن النكاح لا يجوز أن يكون معلقاً بشرط، والطلاق يجوز فيه التعليق.

¹ - بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص 251 .

² - القوانين الفقهية، ص 153.

القول الثاني : ولو قال: أنت طالق إلى شهر كذا، أو سنة كذا فهو كما لو قال في شهر كذا أو في سنة كذا، ولا يقع الطلاق إلا في أول ذلك الوقت وبه قال الشافعي والحنابلة .

وقال أبو حنيفة : يقع في الحال لأن قوله أنت طالق إيقاع في الحال، وقوله إلى شهر كذا تأقيت له وغاية، وهو لا يقبل التأقيت فبطل التأقيت ووقع الطلاق .

دليل القول الثاني: قول ابن عباس وقول أبي ذر، ولأن هذا يحتمل أن يكون توقيتاً لإيقاعه كقول الرجل : أنا خارج إلى سنة أي بعد سنة ، وإذا احتتمل الأمرين لم يقع الطلاق بالشك، وقد ترجح ما ذكرناه من وجهين :

أحدهما : أنه جعل للطلاق غاية ، ولا غاية لآخره ، وإنما الغاية لأوله .

الثاني : أن ما ذكرناه عمل باليقين، وما ذكره أخذ بالشك، فإن قال: أرت أنها طالق في الحال إلى سنة كذا وقع في الحال، لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ ولفظه يحتمله .

القول الثالث : إذا قال : أنت طالق إذا رأيت هلال رمضان طَلَّقت برؤية الناس له في أول الشهر وبهذا قال الشافعي والحنابلة .

ودليل القول الثالث: أن الرؤية للهلال في عرف الشرع العلم به في أول الشهر بدليل قوله صلى الله عليه الصلاة والسلام: ((إذا رأيتم الهلال فصوموا وإذا رأيتموه فأفطروا))¹ والمراد رؤية البعض وحصول العلم فانصرف لفظ الحالف إلى عرف الشرع كما لو قال: إذا صليت فأنت طالق فإنه ينصرف إلى الصلاة الشرعية لا إلى الدعاء .

¹ - البخاري ، الصحيح ، تحقيق محمد زهير ، دار طوق النجاة ، (باب : " قول النبي صلى الله عليه وسلم : " إذا رأيتم الهلال فصوموا " ، رقم : 1905) ، ج 3 ، ص 26 .

القول الرابع : وإذا علق طلاق امرأته بشرط غير مستحيل لم يقع الطلاق قبل وجود الشرط ، سواء كان الشرط يوجد لا محالة كقوله : إذا طلعت الشمس فأنت طالق، أو كان الشرط قد يوجد وقد لا يوجد كقوله : إذا قدم فلان من سفره فأنت طالق، هذا مذهب الشافعية ، وبه قال الحنفية ، والثوري ، وأحمد ، وإسحاق .

وقال الزهري ، وابن المسيب ، والحسن البصري ، ومالك : إذا علق الطلاق بشرط يوجد لا محالة كجميئ الليل والشمس والقمر ، وما أشبهها وقع عليها الطلاق في الحال قبل وجود الشرط .

دليل القول الرابع : قوله صلى الله عليه وسلم : ((الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ))¹ ولأنه علق على شرط غير مستحيل ، فلم يقع الطلاق قبل وقوع الشرط ، كما لو علقه على قدوم المسافر ، وقولنا : على شرط غير مستحيل : احتراز مما إذا علق على صعود السماء بدون طائرة أو أجهزة للصعود كالصواريخ والأقمار الصناعية وما إليها من وسائل معرفة في عصرنا هذا ، فإن علقه على مستحيل ففيه قولان :

قول بالطلاق في الحال ، وقول بعدم وقوعه² .

* رأي قانون الأسرة الجزائري من أنواع صيغة الطلاق:

لم يتعرض المشرع لأنواع صيغة الطلاق واليمين بالطلاق تاركاً هذه الأمور لمبادئ الفقه الإسلامي م 222 (ق أ ج) 02-05 ، غير أن سكوت المشرع لا يعني توقف سير العدالة وعلى القاضي ضرورة الاجتهاد والبحث والعمل بما أخذت به القوانين العربية المعاصرة بأن الحلف باليمين والحرام لا يقع به طلاقاً وأن الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه ، وما في معناه هو طلاق لاغ³ .

¹ - عبد الله بن محمد بن أبي شيبة ، المصنف ، كتاب البيوع والأقضية ، رقم الحديث - 2873 - دار الفكر ، (1414هـ - 1964م) ، ص 237 .

² - حسن أيوب ، فقه الأسرة المسلمة ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة ، ط2 (1423- 2003) ، ص 191-192-193 .

³ - بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص 256 .

الطائفة

وفي ختام هذا البحث الذي تناولنا فيه موضوع تقنين فقه الأسرة (أحكام الطلاق) من خلال كتاب القوانين الفقهية لابن جزي والإشكالات التي يثيرها من خلال المقارنة بالشريعة الإسلامية يمكن استخلاص النتائج التالية :

- (1) - التقنين فن نفيس ، به تنضبط الأحكام الشرعية وتندفع شبهة جمود الشريعة الإسلامية ، وعدم مواكبتها.
- (2) - مسابقتها للنوازل والمستجدات وبه يسهل أيضا على القاضي والمتقاضي الرجوع إلى الحكم الشرعي للقضية موضوع التقاضي والفصل .
- (3) - أن التقنين عند الشعوب القديمة بدأ مع ظهور الكتابة وانتشارها .
- (4) - أن الفقهاء اختلفوا في موضوع تقنين أحكام الشريعة الإسلامية بين موجز ومانع وهناك من قال بالوجب .
- (5) - تقنين أحكام الشريعة الإسلامية ، فريضة شرعية اجتماعية كما أنها دليل وعي حضاري تقتضيه المصلحة لدفع مفسدة القوانين الغربية المستوردة .
- (6) - وجوب مراعاة المقاصد الشرعية وعدم مخالفة التقنين لما جاء به الشرع .
- (7) - أن للتقنين مزايا وعيوب ودواعي أدت إليه .
- (8) - أن قانون الأسرة الجزائري خاض في مسألة صور فك الرابطة الزوجية بمواد مختصرة ودون تبني تعريف محدد لهذه الصور، ثم أحال التفصيل على أحكام الشريعة الإسلامية كما ذكر ذلك في المادة 222 منه.
- (9) - المشرع أبقى على حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة انطلاقا من العصمة الزوجية المكفولة شرعا له، والتي تكون مصدرها الشريعة الإسلامية، التي تعطي الحق للزوج في إيقاع الطلاق وهو حق أصيل له، مع اعتبار الزوج متعسفا في استعمال هذا الحق إذا كان الطلاق بدون سبب أو مبرر شرعي، مما يستوجب عليه التعويض للزوجة، ولم يتناول المشرع الجزائري الإيلاء والظهار واللعان مع أنها من صور فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوج.
- (10) - بالإضافة إلى الإشكالات التي تطرح في الميراث فإذا انتهت العدة الشرعية ولم تنته العدة القانونية هنا المرأة ترث قانونا لا شرعا والعكس صحيح.
- (11) - ابن جزي كان موسوعيا في كتابه حيث جمع بين تمهيد المذهب والخلاف العالي ، بخلاف غيره من الكتب فإنها في المذهب خاصة وفي الخلاف العالي خاصة .

بناء على ما سبق فيمكن لنا بالخروج باقتراحات نتوج بها دراستنا هذه، والمتمثلة في :

(1) - ضرورة إثراء (ق أ ج) وعدم المساس بالمواد التي احتوت على أحكام شرعية ثابتة بنصوص قطعية فلا اجتهد مع النص.

(2) - ضرورة استقامة البيئة التشريعية بأهل الخبرة الذين يتصلون بمسائل الأحوال الشخصية.

(3) - ضرورة إعداد قضاة متخصصين بمسائل الأحوال الشخصية و وضع قانون إجراءات خاصة.

(4) - تفعيل الصلح القضائي ليصبح حلا لمحاربة ظاهرة الطلاق وليس إجراء قانوني واستحداث آلية قانونية وقضائية للحد من ظاهرة الطلاق.

(5) - حالة الطلاق العرفي يستحسن لزوجين معا حال حدوث الطلاق بالتوجه إلى لجان فتوى رسمية كدار الإفتاء، لبيان موقفهما الشرعي وهل وقع الطلاق أم لا؟ وإذا وقع هل هو طلاق بائن أم رجعي؟ على أن يتم توثيق الفتوى وإعطاء الزوجين صورة معتمدة بالحكم الفقهي لحالتهم ليتمكن العمل به كمستند أمام القضاء في حال الحاجة إليه وتكرر الخلاف بينهم.

(6) ونأمل من الباحثين من بعدنا إتمام هذا الباب ألا وهو فقه الأسرة من نكاح وعدة وغيرها من هذا الباب.

وأخيرا يمكن القول أن الالتزام بالقانون في الزواج والطلاق يحفظ الحقوق ويرفع الحرج.

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم وتسليما ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

قائمة المصادر

والمراجع

القرآن الكريم .

أولاً : كتب التفسير .

1. محمد علي الصابوني، صفة التفسير، ج 1 ، المكتبة العصرية، بيروت، 2010 م .
2. سيد قطب، في ظلال القرآن، م 6 ، ط 10 ، دار الشروق، بيروت، 1982 م .
3. جامع أحكام القرطبي، ط (1376 – 1975) دار الكتب المصرية .

ثانياً : كتب الحديث .

1. شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ، تهذيب سير أعلام النبلاء ، تحقيق شعيب الأرنؤوط ، مؤسسة الرسالة ، (بيروت) ط 1 ، (1412 هـ - 1991 م) .
2. النسائي ، السنن ، مكتبة المطبوعات الإسلامية ، (1414 هـ - 1994 م) .
3. زكريا الانصاري ، أسنى المطالب شرح روضة الطالب ، المكتبة الإسلامية لصاحبها الحاج رياض .

ثالثاً : الكتب الفقهية الأصولية .

1. الشيخ محمد محمد سعد، دليل السالك لمذهب الإمام مالك في جميع العبادات والمعاملات والميراث، دار الندوة، 2001 م .
2. محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار شريفة، ج 2 .
3. أبي القاسم ابن الجلاب المصري ، التفریح ، ط 1 (1408 هـ - 1987 م) دار المغرب الإسلامي .
4. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر .
5. محمد الشربيني، الإقناع في حال ألفاظ أبي الشجاع، دار إحياء التراث العربي، عيسى البابي الحلبي .
6. ابن جزي، القوانين الفقهية، المكتبة الثقافية، بيروت .
7. نور الدين عتر، أبغض الحلال ، ط 4 ، مؤسسة الرسالة، سوريا، 1985 م .
8. يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، دار المعرفة، الدار البيضاء، 1985 م .

9. الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ج4، كتاب الإيمان، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.
10. الشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوني، كشف القناع في متن الاقناع، تحقيق محمد أمين الضناوي، ج4 ط1، عالم الكتب، بيروت، 1997 م.
11. الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، العزيز في شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق الشيخ محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ج8، تنمة النكاح، الصداق، القسم، النذور، الخلع، الطلاق، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997 م.
12. أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير، دار الحديث، القاهرة، مصر.
13. الريسوني قطب، مدخل إلى تجديد الفقه المالكي، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1427هـ - 2007 م.
14. يوسف القرضاوي، الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، مكتبة وهبة (القاهرة)، ط2 (1419 هـ - 1999 م).
15. محمد الدسوقي وأمينة الجابر، مقدمة في دراسة الفقه الإسلامي، دار الثقافة (قطر)، ط (1420 هـ - 1999 م).
16. رمضان علي السايدي الشرنباصي، المدخل للدراسة الفقه الإسلامي تطوره - مدارسه - مصادره - قواعده - نظرياته، مطبعة الأمانة، ط2 (1403 هـ).
17. محمد الزحيلي، تاريخ القضاء في الإسلام، دار الفكر المعاصر (بيروت)، ط1 (1415 هـ - 1995 م).
18. بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل قضايا فقهية معاصرة، مؤسسة الرسالة (بيروت)، ط1 (1416 هـ - 1996 م).
19. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، (دمشق)، ط2 (1425 هـ - 2004 م).
20. عمر سليمان الأشقر، تاريخ الفقه الإسلامي، مكتبة الفلاح، (الكويت)، ط1 (1402 هـ - 1982 م).

- 21 . عبدالرحمن الطريفي تعنيس النساء ، مجلة العدل السعودية ع31 .
- 22 . ابن تيمية مجموع الفتاوى ، طبعة منقحة ومصححة ، دار الفكر ، (1400 هـ - 1980 م) .
- 23 . محمد سلام مذكور - مباحث الحكم ، مكتبة وهبة ، القاهرة ، مصر .
- 24 . . علي بن محمد الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام ، تحقيق سيد الجيل ، دار الكتاب العربي ، بيروت، ط2 1982م
- 25 . مناع القطان ، تاريخ التشريع والفقہ ، مكتبة المعارف ، (الرياض) ، ط2 (1417 هـ - 1996 م) .
- 26 - أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، مكتبة النجاح ليبيا (د.ط) ج 4 .
- 27 . محمد بن علي الشوكاني ، القول المفيد في أدلة الاجتهاد والتقليد ، تحقيق أبي مصعب بن محمد بن سعيد ، دار الكتاب (القاهرة) ، (د ، ط) .
- 28 . أبو حامد الغزالي : إحياء علوم الدين ، دار الثقافة الجزائر، ط1 ، 1991 ، ج 2 .
- 29 - ابن القيم الجوزية ، زاد المعاد في هدي خير العباد ، تحقيق عبد القادر الأرئووط ، مؤسسة الرسالة ، ط 27 (1415 هـ) .
- 30 - علي بن محمد الجرجاني ، التعريفات ، إبراهيم الأبياري (تحقيق) ، (دار الريان للتراث . طبت) .
- 31 - عبد الوهاب خلاف ، خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي ، دار القلم (الكويت) .
- 32 - علي جمعة محمد ، المدخل ، مكتبة المعهد (القاهرة) ، ط 1 (1417 هـ - 1996 م) .

رابعاً : الكتب القانونية .

1. هيثم فهد بن عبد الرحمان الرومي ، الصياغة الفقهية في العصر الحديث دراسة تأصيلية ، دار التدميرية وابن حزم ، (الرياض) ، ط1 (1433 هـ ، 2012 م) .
2. رافع ليث سعود جاسم القيسي ، نظرات في تقنين الفقه الإسلامي تاريخه ، فقهه ، ضوابطه ، مركز نماء للبحوث والدراسات (بيروت) ط1 ، (2015 م) .

3. ساجقلي زاده المرعشي ، تقرير القوانين المتداولة من علم المناظرة ، مخطوط محفوظ في معهد دراسات الثقافة الشرقية بجامعة طوكيو باليابان ، رقم (1017) صحيفة رقم 2-أ .
4. عبد الرحمان عبد العزيز القاسم ، الإسلام وتقنين الأحكام ، (القاهرة : الناشر : بدون ، ط2 ، 1977م)
5. محمد زكي ، تقنين الفقه الإسلامي (المبدأ والمنهج والتطبيق)، طبع على نفقة إدارة إحياء التراث الإسلامي بدولة قطر ، ط2 (1427هـ - 1986م) .
6. أحمد زكي بدوي، معجم المصطلحات القانونية : فرنسي - إنجليزي - عربي ، (القاهرة : دار الكتاب المصري ، بيروت : دار الكتاب اللبناني ، ط1، 1989) .
7. يحي محمد الخلايلة ، تقنين أحكام الشريعة بين النظرية والتطبيق ، إشراف السيد عواد علي عواد " مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة والقانون " الجامعة الإسلامية العالمية ، إسلام باد باكستان ، كلية الشريعة والقانون قسم الدراسات العليا (2001 م - 2002 م) .
8. العوا فاطمة محمد ، عقد التحكيم في الشريعة والقانون ، المكتب الإسلامي ، بيروت ط 1 ، (1423 هـ - 2002 م)
9. صالح فكروس ، تاريخ النظم القانونية والإسلامية ، دار العلوم ، (د ، ط) .
10. صوفي حسن أبو طالب ، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، (د ، د) ، (د ، ط) .
11. منذر الفضل ، تاريخ القانون ، دار ناراس ، (العراق) ، ط 2 (2005 م) .
12. صاحب عبيد الفتلاوي ، تاريخ القانون ، مكتبة دار الثقافة (عمان) ط 1 ، (1998م) .
13. عبد الرحمن بن سعد بن علي الشثري ، حكم تقنين الشريعة ، دار الصمعي (الرياض) ، ط 1 (1428هـ - 2007م) .
14. عامر بن عيسى اللهو ، حركة تقنين الفقه الإسلامي
15. رمضان علي السايدي الشرنباصي ، المدخل للدراسة الفقه الإسلامي تطوره - مدارسه - مصادرہ - قواعده- نظرياته ، مطبعة الأمانة ، ط 2 (1403 هـ) .
16. محمد تهامي دكير ، إمكانية تبديل الشريعة إلى قانون الأهمية ، الواقع ، النتائج
17. عبد المؤمن عبد القادر شجاع الدين ، موقف الفقهاء من تقنين أحكام الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة ، جامعة صنعاء (اليمن) .
18. عبد الرحمان بن سعد بن علي الشثري ، تقنين الشريعة بين التحليل والتحرير ، دار الفضيلة (الرياض) ط 1 (1426هـ) .

19. محمد ميكو، انطباعات حول أزمة القاعدة الفقهية .
20. محمد حسنين ، الوجيز في نظرية القانون الوضعي الجزائري ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر (1986) .
21. الشيباني حمد بن ناصر، الأسس العلمية المقترحة لتقنين الفقه الإسلامي، ندوة التقنين والتجديد، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، عمان، 2008م .
22. النعاس عبد الباسط الهادي، ضوابط تقنين الشريعة الإسلامية ومدى التزام المقنن بها في تشريعات الحدود وقت اكتمال المسؤولية الجنائية نموذجاً ، مجلة دراسات قانونية، كلية القانون، جامعة قار يونس، ليبيا، عدد 17 .
23. محمد رجب أبو مليح، حول تقنين أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي، ندوة التقنين والتجديد، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، عمان، 2008م .
24. مولاي ملياني بغدادي، حقوق المرأة في الشريعة والقانون ، قصر الكتب، الجزائر، 1997م .
25. ناجي بلقاسم علالي، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013م .
- باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012م .
26. إسماعيل أبا بكر علي الباموني، أحكام الأسرة - الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، دراسة مقارنة بالقانون، ط 1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008م .
27. أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية - الزواج، الطلاق، التفريق بين الزوجين، ج 1 ، دار الكتب القانونية، مصر 2006م .
28. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - مقدمة الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية، ج 1 ، الزواج والطلاق، ط 5 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007م .
29. دار العلوم، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001م .
30. محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05 الأسرة والتشريع ، دار الوعي للنشر والتوزيع، 2012م .
31. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ط 3 (1967-1377) .

32. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق -في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، ط1 ، دار الخلدونية، الجزائر، 2007 م .
33. محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، كلية الشريعة – الجامعة الأردنية، دار الفكر، ط 3 (1431هـ -2010م) .
34. حسين طاهري، قانون الأسرة في ظل اجتهاد المحكمة العليا -الزواج وانحلاله، الخطبة، دار الخلدونية، الجزائر، 2015 م .
35. أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية، الزواج، الطلاق، التفريق بين الزوجين، دار الكتب القانونية، مصر.
36. محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر 2012 م .
37. سليمان ولد خسال ، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري ، دار طليطلة ، د.ط ، س 1432 هـ - 2010م.
38. بدران أبو العينين، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام ، ط2 (1961م) ، مكتبة دار التأليف .
39. طارق بن أنور آل سالم، الواضح في أحكام الطلاق، دار القمة – دار الإيمان .
40. حسن أيوب، فقه الأسرة المسلمة، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، ط2) 1423هـ - (2003م) .
41. أحمد زكي بدوي، معجم المصطلحات القانونية : فرنسي - إنجليزي - عربي ، (القاهرة : دار الكتاب المصري ، بيروت : دار الكتاب اللبناني ، ط1، 1989) .

خامسا : كتب التراجم .

1. إسماعيل باشا البغدادي ، هدية العارفين أسماء المؤلفين وأثار المصنفين ، دار إحياء التراث العربي (بيروت) (1951م) .
2. محمد عبد الغني جاسر ، موسوعة مشاهير وعظماء وشخصيات من التاريخ ، دار البرهان (القاهرة) ط 1 2005 م) .
3. أحمد بن محمد المقرئ التلمساني، نفع الطيب من غصن الأندلس الرطيب، حققه د. حسان عباس، دار صادر، بيروت ، لبنان، (1388 – 1968)،
4. أحمد بن حجر العسقلاني ، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة ، حققه وقدم له ووضع فهرسه محمد جاد الحق، مطبعة المدني، دار الكتب الحديثة مصر

5. ابن فرحون، الديباج المذهب في أعيان علماء المذهب، وبهامش نيل الإبتهاج، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ص 235
6. أبي عبد الله بن عبد الله بن الخطيب، الإحاطة في أخبار غرناطة، حقق نصه ووضع مقدمته وحواشيه محمد بن عبد الله عنان، الشركة المصرية للطباعة والنشر مكتبة الجانجي بالقاهرة (1395هـ - 1975م) .
7. أحمد بن حجر العسقلاني ، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة ، حققه وقدم له ووضع فهرسه محمد جاد الحق، مطبعة المدني، دار الكتب الحديثة مصر.

سادسا : كتب اللغة .

1. محمد مرتضي الحسيني الزبيدي ، تاج العروس من جواهر القاموس ، تحقيق عبد الكريم العزباوي ، التراث العربي (الكويت) ط1 (1422 هـ _ 2001م).
2. عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي(100 – 175هـ) ، العين ، تحقيق الدكتور مهدي المخزومي . الدكتور السامي .
3. أبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا ، مقياس اللغة ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .
4. محمد الدين بن يعقوب الفيروزآبادي الشيرازي ، القاموس المحيط ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ط (1399 هـ - 1997 م)
5. الأب مألوف المسوعي، المنجد في اللغة العربية والأعلام، ط21، دار المشرق، بيروت، 1973م
6. الدكتور خليل الجر، المعجم العربي الحديث، مكتبة لاروس، كندا، 1973 .
7. أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير، دار الحديث، القاهرة، مصر .

سابعا : نصوص قانونية .

- 65 - 66 - الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 15 بتاريخ 27 فبراير 2000.

ثامنا : الرسائل الجامعية .

1. أسد الله محمد حنيف، فقه عثمان بن عفان رضي الله عنه في أحكام الأسرة ، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الشريعة الإسلامية فرع الفقه والأصول (1415هـ - 1994م) .

2. شهرزاد بوسطلة، تقنين الفقه الإسلامي مفهومه - مشروعيته - منهجه، رسالة ماجستير، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة، 2011م .
تاسعا : المواقع الإلكترونية .

/Html، الحر او عسطينوس - ويكيبيديا ، الموسوعة /Dell/Desktop؛c'usors/flo

الفهارس العامة

فهرس الآيات

الرقم	طرف الآية	رقم الآية	اسم السورة	الصفحة
01	﴿الطَّلُقُ مَرَّتَيْنِ بِإِمْسَاكِ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾	229	البقرة	76-67
02	﴿وَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾	230	البقرة	-74-67 81
03	﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ﴾	636	البقرة	67 - 65
04	﴿وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ﴾	34	النساء	69-61
05	﴿وَإِنْ أَطَعْتُمْ بَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾	34	النساء	65
06	﴿فَابْتَغُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِيهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾	35	النساء	62
07	﴿يَتَّبِعُهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾	59	النساء	44
08	﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾	64	النساء	46
09	﴿بِمَالِ هَتُولَاءِ الْقَوْمِ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثًا﴾	78	النساء	20
10	﴿وَإِنْ يَتَّبِعْكَ يَعْصِي اللَّهَ كُلًّا مِّنْ سَعَتِيهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾	130	النساء	67
11	﴿إِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا بِعَائِلَتِنَا﴾	134	النساء	46

21	الأطفال	60	﴿ وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ ﴾	12
20	هود	91	﴿ قَالُوا يَشْعَبُ مَا نَبَغَهُ كَثِيرًا مِمَّا تَقُولُ ﴾	13
20	طه	28-27	﴿ وَاخْلُلْ عُقْدَةً مِنْ لِسَانِي ﴿٢٨﴾ يَفْقَهُوا قَوْلِي ﴾	14
68-61	الروم	61	﴿ وَجَعَلْ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾	15
47	الأحزاب	36	﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ تَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ﴾	16
74	الأحزاب	49	﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ ﴾	17
32	الجاثية	18	﴿ ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ﴾	18
61	الحجرات	13	﴿ يَتَأْتِيهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ﴾	19
66	الطلاق	01	﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾	20

71 -67	الطلاق	01	﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّفُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْضُوا الْعِدَّةَ ﴾	21
--------	--------	----	--	----

فهرس الأحاديث

الصفحة	الحديث
29	نهينا عن الكوبة والغبراء والقنين
47	القضاة ثلاثة : اثنان في النار ، وواحد في الجنة
48	إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر
48	يا عدي اطرح عنك هذا الوثن
65 - 68	أبغضُ الحلال إلى الله الطلاق
68	مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن يمس
68	ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة
68	إنما الطلاق لمن أخذ بالساق
80	فقلت يا رسول الله إن رفاة طلقني فبت طلاقي،
80	أخبر عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات فقام مغضبا
81	من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد
85	ليس لمجنون ولا سكران طلاق
85	إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه
87	أن أباه طلق أمه وهو مريض فمات فورثته بعد انقضاء عدتها
94	إذا رأيت الهلال فصوموا وإذا رأيتموه فأفطروا

95	المؤمنون عند شروطهم
----	---------------------

فهرس الأعلام

الصفحة	اسم العلم	الرقم
09	ابن جزي	01
30	عمر سليمان الأشقر	02
31	مصطفى الزرقا	03
31	وهبة الزحيلي	04
34	حمو رابي	05
34	أورونامو	06
37	خالد بن معدان الكلاعي	07
37	عمر بن عبد العزيز	08
38	عبد الله بن المقفع	09
39	مالك بن أنس	10
39	الخليفة المهدي	11
70	القرطبي	12

فهرس الموضوعات

الشكر والعرفان

الإهداء

7 . 1 مقدمة

الفصل التمهيدي

9..... الفصل التمهيدي : ترجمة ابن جزري ولمحة عن فقه الأسرة

9المبحث الأول : ترجمة ابن جزري

9.....المطلب الأول : التعرف بابن جزري

17.....المطلب الثاني : منهج المؤلف في الكتاب

20المبحث الثاني : لمحة عن فقه الأسرة

20المطلب الأول : تعريف فقه الأسرة

20.....الفرع الأول :تعريف الفقه لغة واصطلاحاً

22الفرع الثاني : تعريف الأسرة لغة واصطلاحاً

23المطلب الثاني : نشأة وتطور قانون الأسرة

الفصل الأول

26الفصل الأول: مفهوم التقنين وتاريخه

26المبحث الأول : ماهية التقنين

26.....المطلب الأول : تعريف القانون لغة واصطلاحاً

29المطلب الثاني : التقنين لغة واصطلاحاً

32.....	المطلب الثالث : مصطلحات ذات الصلة بالتقنين
32	الفرع الأول : التدوين
32	الفرع الثاني : التشريع
33	الفرع الثالث : التجميع
34	المبحث الثاني : نشأة التقنين وتطوره
34	المطلب الأول : تدوين القوانين عند الشعوب القديمة
36	المطلب الثاني : دوافع التدوين عند الشعوب القديمة
37.....	المطلب الثالث : بداية تأريخ التقنين في الفقه الإسلامي
43.....	المبحث الثالث : حكم التقنين ومزاياه وعيوبه ودواعيه وضوابطه
43	المطلب الأول : مشروعية التقنين
44.....	الفرع الأول : المجيزون للتقنين
45	الفرع الثاني : المانعون للتقنين
50	الفرع الثالث : الترجيح بين أقوال الفقهاء
52.....	المطلب الثاني : مزايا التقنين وعيوبه والدواعي التي أدت إليه
52	الفرع الأول : مزايا التقنين
53	الفرع الثاني : عيوب التقنين
56	المطلب الثالث : ضوابط التقنين
56.....	الفرع الأول : الضوابط الإجرائية

الفرع الثاني : الضوابط الموضوعية 57

الفصل الثاني

الفصل الثاني : تقنين فقه الأسرة..... 61

المبحث الأول : تقنين أحكام الطلاق أنموذجا 63

المطلب الأول: تعريف الطلاق وحكمه..... 63

الفرع الأول :تعريف الطلاق لغة واصطلاحا 63

الفرع الثاني :حكمه ودليل مشروعيته 65

المطلب الثاني :أقسام الطلاق 70

الفرع الأول :من حيث مطابقته للسنة 70

الفرع الثاني :من حيث إمكانية المراجعة 74

المطلب الثالث : في عدد الطلاق 80

المبحث الثاني : أركان الطلاق وتعليقه 84

المطلب الثاني :ركن المطلقة وشروطه 89

المطلب الثالث : ركن الصيغة 91

الفرع الأول: ألفاظ الطلاق 91

الفرع الثاني : أنواع صيغة الطلاق 93

خاتمة 97. 98

قائمة المصادر والمراجع	100 . 101 . 102 . 103 . 104 . 105 .
	106.107 .
فهرس الآيات القرآنية	110 . 111 . 112
فهرس الأحاديث	114 . 115
فهرس الأعلام	117
فهرس الموضوعات	119 . 120 . 121 . 122

ملخص :

موضوع دراستنا كان حول موضوع تقنين فقه الأسرة من خلال كتاب القوانين الفقهية لابن جزي ، تكلمنا فيه عن ترجمة ابن جزي ولمحة عن فقه الأسرة ، ثم تكلمنا في الفصل الأول عن التقنين بصفة عامة، والذي هو صياغة أحكام الشريعة في فقه الأسرة وغيرها من عقود ونظريات ممهدة لها جامعة لإطارها بصورة مواد قانونية يسهل الرجوع إليها .

ثم تطرقنا إلى نشأت التقنين عند الشعوب القديمة ودوافعه لنصل إلى بداية التقنين في الفقه الإسلامي والنظر في حكمه الشرعي بين موجز ومانع وذكر مزايا التقنين وعيوبه وذكر ضوابطه العامة من ناحية الشرع والخاصة من ناحية الشكل والنهج ، أما في الفصل الثاني فقد تناولنا فيه عن الطلاق أنموذجا في فقه الأسرة وذلك من خلال كتاب القوانين الفقهية لابن جزي .

The Summary of the thesis

(Abstract Thesis)

Abstract:

Was the subject of our study on the subject of legalization of the jurisprudence of the family through a book of jurisprudence laws Ibn rewarded, in which we talked about translation and son rewarded overview of the jurisprudence of the family, then Tklna in the first chapter of rationing, methodology and the problematic.

We have divided the research into three chapters: an introductory chapter in which we have dealt with translation of Ibn Jezi and an overview about Fiqh of the Family.

Then, in the first chapter we speak about regulation in general which is editing rules in Fiqh of the family and other paved acts and theories combining it in the form of legal materials that is easy to refer to.

Next, we touched on the establishment of regulation in ancient civilizations and its motive to reach its beginnings in El-Fiqh, after that, we look in its judges either allowed or prohibited and mentioning regulation's advantages and disadvantages without forgetting its general rules from the religious side especially through its from and approach.

Whereas in the second chapter we have dealt with divorce as a sample in Fiqh of the family and that through the book of "Juristic Laws" for Ibn Jezi.