

## مجلة العلوم القانونية والاجتماعية

Journal of legal and social studies

Issn: 2507-7333

Eissn: 2676-1742

أهمية القواعد الفقهية في تفسير وتطبيق نصوص قانون الأسرة الجزائري  
- المادة 16 نموذجاً -

**The importance of jurisprudence in the interpretation and application of  
the provisions of the Algerian family law (Article 16 as a model)**

حرمة محمد<sup>1</sup>، بوعلالة عمر<sup>2\*</sup>

<sup>1</sup> جامعة أحمد دراية- أدرار، (الجزائر)، 3llmni@univ-adrar.edu.dz ، مخبر الدراسات الشرعية والتراثية

<sup>2</sup> جامعة أحمد دراية- أدرار، (الجزائر)، bouallala@univ-adrar.edu.dz ، مخبر الدراسات الشرعية والتراثية

تاريخ النشر: 2022/09/01

تاريخ القبول: 2022/08/12

تاريخ ارسال المقال: 2022/06/01

\* المؤلف المرسل

**الملخص:**

قضية هذا البحث هي بيان مدى إسهام القواعد الفقهية في تفسير وتطبيق نصوص قانون الأسرة الجزائري. وغايته استنباط جواب هذه المسألة من خلال دراسة النموذج المقترح (المادة 16).

وخلاصة النظر في هذه القضية - كما توصل إليه البحث - انتهت إلى أن لهذه القواعد دور بارز في الاستدلال على مراد المشرع من نصوص هذا القانون؛ كونها - أي القواعد الفقهية - اختزنت وجمعت أحكام الشريعة الإسلامية المحال عليها بموجب (م/222 من قانون الأسرة)، ولأنها تضاهي وتمثل مبادئ الشريعة الإسلامية التي أحالت عليها المادة الأولى من القانون المدني.

الكلمات المفتاحية: القواعد الفقهية؛ قانون الأسرة الجزائري؛ الدخول؛ المادة 16 .

**Abstract:**

The issue of this research is to indicate the extent to which the jurisprudence rules contribute to the interpretation and application of the provisions of the Algerian family law. Its purpose is to derive the answer to this question by examining the proposed model (Article 16 ).

The conclusion of this case, as concluded by the research, is that these rules have a prominent role in inferring Murad the legislator from the provisions of this law; And because it is similar to the principles of Islamic law, which referred to Article I of the Civil Code.

**Keywords:** jurisprudence rules; Algerian family law; entry; Article 16.

## مقدمة:

يحرص المشرع دائماً على أن تُطبّق القوانين التي يصدرها بصورة صحيحة وتُنزل أحكامها بطريقة سليمة، ولا سبيل إلى ذلك -طبعاً- إلا بتفسير نصوصها وفهم معناها فهماً دقيقاً.

وإذا كانت بعض نصوص ومواد القوانين واضحة المعنى محكمة الدلالة، فإن مواد أخرى منه متشابهة، مبهمّة، غامضة؛ من حيث الاستدلال والوقوف على إرادة المشرع؛ مما يثير الكثير من الإشكالات عند تطبيقها؛ وهذا ما يصدق على المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري، حيث نص المشرع الأسري فيها على حالتين تستحق فيهما الزوجة الصداق كاملاً، الأولى: الدخول؛ والثانية: وفاة الزوج. وفي حالة الطلاق قبل الدخول تستحق نصف الصداق؛ فالدخول هو الفاصل بين استحقاق الزوجة المطلقة قبله كامل الصداق أو شطره (نصفه).

ولا يخفى أن لفظ الدخول في الفقه الإسلامي-المصدر التاريخي لقانون الأسرة الجزائري، والاحتياطي الوحيد فيما لم ينص عليه- يصدق على الوطء وعلى الخلوة الصحيحة. مما يثير التساؤل عن المقصود بالدخول في نص هذه المادة؟ هل الدخول الحقيقي (الوطء)؟ أم الدخول الحكمي (الخلوة)؟ بتعبير أدق: ما تأثير الخلوة الصحيحة في الصداق من منظور قانون الأسرة الجزائري؟

نحاول في هذه الورقة الوقوف على أهمية القواعد الفقهية كمعالم اجتهادية تُسعف المسترشد بها في تفسير وتطبيق المادة 16 -كعينة- من قانون الأسرة، بالاعتماد على مقارنة تستدعي التوسل بمجموعة من المناهج الكفيلة بتحقيق الهدف المنشود من البحث، والالتزام بقيدين منهجين اقتضتهما مساحة هذه الدراسة المحدودة:

الأول: الإيجاز والاختصار في المفاهيم والتعريفات المتعلقة بالقواعد الفقهية؛ لأن أغلب الدراسات والبحوث المتصلة بالتفصيل الفقهي تناولت هذه المسائل بشكل مفصل وموسع.

والثاني: عرض الآراء الفقهية دون أدلتها -لعدم تعلق مقصود البحث بذلك- والاختصار على عزوها إلى مصادرها الأصلية ما أمكن.

وبناء على ما سلف فالخطة المقترحة لهذه المعالجة التحليلية تقوم على دعامتين: ماهية القواعد الفقهية وأهميتها في تبلور العقلية الاجتهادية الناضجة، القدرة على التجميع والتأصيل للمسائل الفقهية المتناثرة (فرع أول)، والإشكالات التي تعترض تطبيق المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري (فرع ثانٍ).

## الفرع الأول: القواعد الفقهية: الدلالة والمحددات

لما كان الهدف من هذه الدراسة استثمار القواعد الفقهية في مجال تفسير وتطبيق النصوص القانونية، اقتضى المقام بعض التفصيل في ماهية القاعدة الفقهية وتعريفها وتجليها ومعانيها (فقرة أولى)، ثم بيان أهميتها الدالة على القيمة التي تتمتع بها في الحقل الفقهي والقضائي (فقرة ثانية).

## الفقرة الأولى: ماهية القواعد الفقهية

ماهية الشيء حقيقته؛ وحقيقته ما دلت عليه جملته. وتعريف ذلك بحد: وهو أجمع، أو برسم: وهو أوضح، أو تفسير وهو أتم لبيانه وسرعة فهمه<sup>(1)</sup>.

وقد جرت عادة الفقهاء والباحثين على تعريف القاعدة الفقهية اسماً؛ باعتبارها مركباً إضافياً من مفردتين: القواعد، والفقه، وتحديد مدلوله يقتضي فك الكلمتين، وإبراز معنى كل منهما. ولقباً؛ بالنظر إلى معنى الكلمتين بعد تركيبهما تركيباً وصيفياً وصورتهما بذلك لقباً لحقل معرّفين معين. وعلى هذا الأخير سنقتصر التزاماً بالقيّد المنهجي المصرّح به في المقدمة أعلاه، حيث نورد الحد اللغوي للقاعدة (أولاً)، ثمّ التعريف الاصطلاحي للقاعدة الفقهية (ثانياً).

### أولاً: القاعدة في اللغة

القواعد الفقهية جمع قاعدة. وأصلها في الوضع اللغوي الثبوت والاستقرار في الموضوع<sup>(2)</sup>، قال تعالى: ﴿فِي مَقْعَدِ صِدْقٍ﴾ [القم، 55]؛ أي مستقر صدق، وتطلق أيضاً على أساس البيت أو الجُدُر، قال تعالى: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ﴾ [البقرة، 127]، ففي تفسير القرطبي: "قال النسائي القواعد هي الجُدُر والمعروف أنها الأساس، وفي الحديث أن البيت لما هدم أخرجت منه حجارة عظام، فقال ابن الأثير هذه القواعد التي رفعها إبراهيم عليه السلام"<sup>(3)</sup>.

### ثانياً: القاعدة الفقهية اصطلاحاً

القاعدة في الاصطلاح الفقهي-باعتبارها علماً مستقلاً- لها مفهومان: مفهوم عام يجري في كافة العلوم؛ حيث أن لكل علم قواعده<sup>(1)</sup>، ومفهوم خاص بالفقهاء<sup>(2)</sup>.

### 1. القاعدة في الاصطلاح العام

عرفها التفتازاني بأنها: ((حكم كلي ينطبق على جزئياته لتعرف أحكامها منه))<sup>(4)</sup>؛ وعرفها تاج الدين السبكي بأنها: (( الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة يفهم أحكامها منها))<sup>(5)</sup>. والملاحظ أن هذا التعريف أكثر دقة في مدلوله، ففي الوقت الذي عبر فيه التعريف السابق عن القاعدة بلفظة "كل" أو "جميع" اختار هو أن يعبر عنها بـ ينطبق عليه جزئيات كثيرة؛ وهذا ملمح مهم ميز تعريفه. وعلى كلٍ فالقاعدة حُكْمٌ كليٌّ تفهم منه أحكام سائر الفروع التي تندرج تحت موضوعها، ولا يخرج عن هذا الحكم فرع، وإن شُدَّ عنها فإنه لا يؤثر في كليتها ولا ينقُضها؛ فالشاذ يُحفظ ولا يقاس عليه.

### 2. القاعدة في الاصطلاح الخاص بالفقهاء

تقاربت تعريفات الفقهاء للقاعدة الفقهية، الأقدمين منهم والمعاصرين. فمن تعريفات القدامى: تعريف الحموي الذي جاء فيه: (( إن القاعدة عند الفقهاء غيرها عند النحاة والأصوليين، إذ هي عند الفقهاء حكم أكثرّي لا كلي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه ))<sup>(6)</sup>؛ كما حدّها المقرّي بأنها: (( كل كلي هو أخص من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة، وأعم من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة))<sup>(7)</sup>.

والملاحظ أن الحموي ركز في تعريفه على أن القاعدة الفقهية حكم أكثرّي لا كلي، وذلك بالنظر إلى كثرة الاستثناءات التي ترد على القاعدة الفقهية - وإن كان هذا لا ينفي عنها صفة الكلية كما سنرى لاحقاً -، ومع

ذلك يعتبر تعريفه أقرب إلى تعريف القاعدة في الاصطلاح العام. فكلمة " حكم " التي استعملها في التعريف عامة، تنطبق على جميع العلوم وليست خاصة بالفقه؛ فلكل علم أحكامه.

أما تعريف المقري فكان أكثر دقة في تمييز القاعدة الفقهية عما يشبهها من المفاهيم الأخرى؛ حيث أنه حدد مجال القاعدة الفقهية المعنية في تعريفه.

ومن تعريفات المعاصرين نذكر:

تعريف الأستاذ مصطفى الزرقا بأنها: ((أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية، تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها))<sup>(8)</sup>؛

أما الندوي، فبعد أن استعرض مجموعة من التعريفات والملاحظات بشأنها، عرفها بتعريفين الأول: (( هي حكم شرعي في قضية أغلبية يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها))، والثاني: ((هي أصل فقهي كلي يتضمن أحكاماً تشريعية عامة من أبواب متعددة في القضايا التي تدخل تحت موضوعه))<sup>(9)</sup>؛

كما عرفها الباحثين بأنها: (( قضية كلية شرعية عملية، جزئياتها قضايا كلية شرعية عملية))<sup>(10)</sup>. ويعاب عليه الوقوع في التكرار الذي لا مبرر له في التعريفات؛ بل هو قاذح فيها.

وعرفها محمد الروكي بأنها: ((حكم كلي مستند إلى دليل شرعي، مصوغ صياغة تجريدية محكمة، منطبق على جزئياته على سبيل الاطراد أو الأغلبية))<sup>(11)</sup>.

واستخلاصاً مما سبق يمكن أن نقرر بأن اتجاهات الفقهاء في تعريفهم للقاعدة الفقهية، تجلت في اتجاهين: اتجاه يعتبر أن القاعدة الفقهية قضية كلية، وآخر يعتبر القاعدة الفقهية قضية أغلبية (أكثرية)، كما يمكن تبني تعريف الدكتور محمد الروكي لقلة الاعتراضات الواردة عليه، ولكونه انتهى إلى هذا التعريف بعد بحث طويل أكثر فيه من التقويم والتحليل، وانتقد وصوّب عدداً من تعريفات سابقه، بالإضافة إلى أنه جمع أهم خصائص وعناصر القاعدة الفقهية.

وبالمطابقة بين التعريفين اللغوي والاصطلاحي يمكننا استثمار القدر المشترك من المعنى الجامع بينهما بالقول بأن القواعد الفقهية، أو الأصول الفقهية، أو الأسس الفقهية هي: المعارف التي تُؤلد أو تكوّن في صاحبها قوّة ودرايةً ومملكةً لفهم النصوص الشرعية أو التشريعية فهما صحيحاً يوصله إلى إدراك الحكم أو الأحكام المقصودة من قبل الشارع أو المشرع.

### الفقرة الثانية: الخصائص والأهمية العلمية للقواعد الفقهية

انطلاقاً من خصائص القواعد الفقهية (أولاً) يتضح أن لها فوائد ظاهرة (ثانياً) في جمع ونظم الجزئيات والفروع الفقهية المتناثرة صورة وحكما؛ إذ بقدر الإمام بما يكون إمام الفقيه والمجتهد بالفروع والجزئيات، فمن ملك الأعم ملك الأخص، ومن انضبطت له مناهج الاجتهاد الفتوى استغني عن حفظ الجزئيات والتفصيلات المستعصية عن الحصر.

أولاً: خصائص القاعدة الفقهية

خصائص القاعدة الفقهية هي تلك العناصر العلمية الأساسية التي تميزها وتتكون منها حقيقتها وتكتسب منها ماهيتها(12).

فبالإضافة إلى الوضوح وإيجاز العبارة وإحكام الصياغة والانسجام مع مقاصد الشريعة، تتميز القاعدة الفقهية بأنها:

**قضية كلية:** أي أنها تتضمن حكماً كلياً جامعاً لكثير من الجزئيات والفروع. ولا يقدر في هذه الخصيصة- وهي أهم خصائص القاعدة الفقهية- القول أن لكل قاعدة استثناء؛ لأن العبرة بالحكم الغالب، والأمر الكلي إذا ثبت فإن خروج بعض جزئياته عنه لا تنفي عنه صفة الكلية، وهو ما أكدته الإمام الشاطبي في قوله: "إن الأمر الكلي إذا ثبت فتحلف بعض الجزئيات عن مقتضاه لا يخرجها عن كونه كلياً"(13).

ولعل هذا هو الذي حمل الدكتور محمد الروكي على زيادة هذا المحترز(منطبق على جزئياته على سبيل الاطراد أو الأغلبية)، استدراكاً على العبارة التي استعمل بها تعريفه(حكم كلي).

عامة ومجردة: والتجريد بمعناه الاصطلاحي: "أن تكون القاعدة مشتملة على حكم مجرد عن الارتباط بجزئية بعينها"(14)، أي اشتغالها على حكم موضوعي مجرد عن الارتباط بأعيان المسائل، صالح للارتباط بجزئية الجزئيات المعلولة بعلة، من غير أن يكون خاصاً ببعضها دون بعض، لأنه إذا كان خاصاً بعين الجزئية لا بموضوعها وعلتها لم تقم به حينئذ قاعدة، وإنما يصح أن يعتقد به الحد أو ما أشبه ذلك(15).

**قضية تركيبية:** والقضية التركيبية هي قضية إخبارية مُنشئة لمعلومات جديدة لم تكن معروفة من قبل، بخلاف القضية التحليلية التي لا تضيف شيئاً جديداً.

والقضية التركيبية تتألف من ثلاثة عناصر: المحكوم عليه؛ وهو محل القضية أو موضوعها، وثانيتها المحكوم به؛ وهو الحكم، وثالثها كشف العلاقة والنسبة بين المحكوم عليه والمحكوم به.

### ثانياً: فوائد القواعد الفقهية

قال ابن نجيم واصفاً "القواعد الفقهية" بأنها: "أصول الفقه في الحقيقة، وبها يرتقي الفقيه إلى درجة الاجتهاد"(16). وعن أهميتها -القواعد الفقهية- تحدث التاج السبكي قائلاً: "حق على طالب التحقيق، ومن يتشوق إلى المقام الأعلى في التصور والتصديق، أن يُحْكِمَ قواعد الأحكام، ليرجع إليها عند الغموض، وينهض بعبء الاجتهاد أتمّ نهوض... أما استخراج القوى وبذل الجهود في الاقتصار على حفظ الفروع من غير معرفة أصولها، ونظم الجزئيات من دون فهم مآخذها، فلا يرضاه لنفسه ذو نفس أبية، ولا حامله من أهل العلم بالكلية"(17).

وقال الشهاب القراني بعد تقسيمه الشريعة إلى قسمين أصول وفروع، وأصولها إلى قسمين أيضاً: أحدهما أصول الفقه، والثاني القواعد الفقهية: "والقسم الثاني قواعد كلية فقهية جليلة كثيرة العدد عظيمة المدد مشتملة على أسرار الشرع وحكمه، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة مالا يحصى ولم يذكر منها شيء في أصول الفقه وإن اتفقت الإشارة إليه هنالك على سبيل الإجمال فبقى تفصيله لم يتحصل، وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع وبقدر الإحاطة بما يعظم قدر الفقيه ويشرف ويظهر رونق الفقيه ويعرف، وتتضح مناهج الفتاوى وتكشف.."(18).

**وقال في الذخيرة:** "... وأنت تعلم أن الفقه وإن جل، إذا كان متفرقا تبذرت حكمته، وقلت طلاوته، وبعدت عن النفس طلبته، وإذا رتبت الأحكام مخرجة على قواعد الشرع مبنية على مآخذها، نهضت الهمم حينئذ لاقتباسها، وأعجبت غاية الإعجاب بتقمص لباسها"<sup>(19)</sup>، وفي موضع آخر: "إن كل فقه لم يُخَرِّج على القواعد فليس بشيء"<sup>(20)</sup>.

وقال الشيخ مصطفى الزرقا: "والطالب إذا تلقى هذه القواعد وتفهم جيداً مدلولاتها ومدى تطبيقها، يشعر في ختام دراسته لها كأنما وقف فوق قمة من الفقه تُشرف على آفاق مترامية الأطراف من الفكر الفقهي نظرياً وعملياً، ويرى امتداداته التطبيقية في جميع الجهات"<sup>(21)</sup>.

هذه شواهد وعينات تساق -على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر-، ناطقة بفوائد القواعد الفقهية، دالة على أهمية المنظومة القواعدية في تنوير سبيل المجتهد وتحسينه من تنكب جادة الصواب في العملية الاجتهادية. ويمكن تلخيص أهم هذه الفوائد في:

1. معرفة الحكم الشرعي لمختلف النوازل والمستجدات<sup>(22)</sup>؛
2. معرفة التوجهات العامة للفقه الإسلامي وتكوين تصور عام متكامل عنه؛
3. تسليح المجتهد بالقواعد الفقهية يحصنه من أن يتيه وسط التفاصيل والجزئيات التي لا يسعه الإحاطة بها مهما تفتقت مداركه واتسع اطلاعه؛
4. منع فوضى الاجتهاد في تفسير وتطبيق النصوص الشرعية والقانونية ومصائبه، ومنهجته بآليات وضوابط ومسالك محددة لا يجيد عنها المجتهد، فلا يضل ولا يضل؛
5. تحقيق مبدأ الاستقرار القانوني لمعرفة القواعد الفقهية المطبقة في ساحة الخصومة القضائية تسير على هديها الأحكام وتنقاد لها من غير اضطراب؛
6. بيان حقيقة أن القواعد الفقهية بمثابة القانون المنظم للقضايا الشرعية، حيث تحل مؤقتاً محل القوانين في تنظيم القضايا التي لم يشملها التقنين بعد.

### الفرع الثاني: الإشكالات التي تعترض تطبيق المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري

أسلفنا القول أن صياغة المادة 16 من قانون الأسرة تطرح إشكالات عند التطبيق يتمثل في مدلول لفظ الدخل في عرف المشرع الأسري؛ هل يختص بالدخل الحقيقي (المسيس)؟ أم يتسع ليشمل الخلوة الصحيحة؛ فيكون الدخل الحكمي موجبا لكامل الصداق؟ بصياغة أخرى: ماذا يرتب المشرع الجزائري على الخلوة الصحيحة (الدخل الحكمي)، من حيث إتمام الصداق أو تشطيره؟

الإجابة على هذه التساؤلات تقتضي تفكيك وإعادة قراءة نص المادة في ضوء الآراء والمذاهب الفقهية والاجتهاد القضائي (فقرة أولى)، ثم استمداد حكم تأثير الخلوة في الصداق من القواعد الفقهية (فقرة ثانية).

### الفقرة الأولى: قراءة المادة 16 في ضوء الآراء الفقهية والتطبيق القضائي



بعد ما تم تحديد وتصوير المسألة -محل الدراسة- بدقة، يتعين عرض الآراء والمذاهب الفقهية حولها (أولاً) لتبَيُّن الرأي الذي وافقه المشرع الجزائري، مشفوعاً بمواقف الباحثين في قانون الأسرة وما استقر عليه الاجتهاد القضائي في هذه القضية (ثانياً).

## أولاً: الآراء والمذاهب الفقهية في المسألة

نحاول تحديد معنى الدخول (1) قبل عرض المذاهب الفقهية (2).

### 1 . تعريف الدخول

جاء في الموسوعة الفقهية: "الدخول في اللغة نقيض الخروج. وفي الاصطلاح: هو الانفصال من الخارج إلى الداخل. ويطلق أيضاً على الوطء على سبيل الكناية. قال المطرزي: سواء كان الوطء مباحاً أو محظوراً. وقال الفيومي: دخل بامرأته دخولا، كناية على الجماع أول مرة وغلب استعماله في الوطء المباح" ومنه قوله تعالى ﴿ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُمْ مِنْهُنَّ ﴾ [النساء، 23]"(23). ودخل بامرأته وعليها وطئها فهي مدخول بها وعليها وهو من باب الكناية(24).

### 2. عرض المذاهب الفقهية

طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية تملك الزوجة الصداق جميعه بعقد النكاح الصحيح ملكاً غير مستقر، ويستقر لها نصفه بكل فرقة من زوج قبل الدخول، ويستقر كاملاً بأحد أمور ثلاثة(25):

- موت الزوج؛

- الوطء في الفرج؛

- الخلوة الصحيحة؛

وهذه الأخيرة - الخلوة الصحيحة - محل خلاف بين الفقهاء، حكاها ابن رشد في قوله: "واتفق العلماء على أن الصداق يجب كله بالدخول أو الموت... واختلفوا هل من شرط وجوبه مع الدخول المسيس أم ليس ذلك من شرطه، بل يجب بالدخول والخلوة، وهو الذي يعنون بإرخاء الستور؟ فقال مالك والشافعي وداود: لا يجب بإرخاء الستور إلا نصف المهر ما لم يكن المسيس؛ وقال أبو حنيفة: يجب المهر بالخلوة نفسها إلا أن يكون محرماً أو مريضاً أو صائماً في رمضان أو كانت المرأة حائضاً، وقال ابن أبي ليلى: يجب المهر كله بالدخول ولم يشترط في ذلك شيئاً"(26). وقال ابن تيمية: "مذهب الإمام أحمد في الذي يستقر به الصداق، أن يستحل منها ما لا يباح له بدون النكاح"(27).

### ثانياً: آراء الباحثين في قانون الأسرة وموقف الاجتهاد القضائي

نحاول استطلاع تفسير الباحثين لهذه المادة(1)، واجتهاد المحكمة العليا في تطبيقها(2).

### 1 . آراء الباحثين

لم تتفق كلمة الباحثين على رأي موحد في المسألة، إذ امكننا - في حدود ما تم الاطلاع عليه - التمييز بين رأيين:

### الرأي الأول:



اعتبر بعض الباحثين أن الخلوة الصحيحة توجب كمال الصداق طبقاً للمادة 16؛ التي يفهم من نصها " أن الصداق يتأكد كاملاً للزوجة في ثلاث حالات:

أ . الدخول الحقيقي أو الخلوة الصحيحة بالمرأة؛

ب. موت أحد الزوجين؛

ج. إقامة الزوجة سنة عند زواجها تماشياً مع ما ذهب إليه فقهاء المالكية من أن الصداق يجب للزوجة بمجرد العقد في الزواج الصحيح، أو بالدخول الحقيقي في الزواج الفاسد.

ويتأكد الصداق كاملاً أيضاً في الخلوة الصحيحة أو الدخول الحكمي عند الحنفية والحنابلة خلافاً للشافعي الذي لم يعتبر الخلوة الصحيحة كالدخول في وجوب الصداق كاملاً<sup>(28)</sup>.

فحسب هذا الرأي لم يشترط المشرع الجزائري الوطء لتحقيق الدخول؛ فالدخول معناه الخلوة، ويعتبر قرينة على حصول الوطء.

### الرأي الثاني:

ذهب باحث آخر إلى "اعتبار لفظ الدخول في المادة 16 مقصوراً على المسيس (الوطء)، وأن الخلوة الصحيحة لا تعد من مؤكدات الصداق في قانون الأسرة الجزائري"<sup>(29)</sup>. ... مؤسساً رأيه هذا على جملة من القرائن، أبرزها استصحاب المبدأ الذي مفاده أن اكتمال الفهم السليم لبعض مواد القانون لا يتحقق إلا إذا تمت قراءتها في ضوء مواد أخرى مرتبطة بها في المعنى والسياق؛ فلا تفسر مادة بمعزل عن المواد الأخرى أو نص بمعزل عن النصوص الأخرى.

وانطلاقاً من هذا المبدأ - تفسير النصوص بالنصوص - يتعين تتبع المشرع في استعماله للفظ الدخول؛ ولا يمكن فهم مضمون المادة 16 إلا في ضوء المادة 17 التي أورد المشرع فيها لفظ الدخول مرادفاً للفظ البناء، والمادة 26 فقرة 2 المستبعد جداً حمل لفظ الدخول فيها على الخلوة الصحيحة، والمادة 51 التي يقرر سياقها قصر لفظ البناء على الوطء لا غير<sup>(30)</sup>.

وأضاف قائلاً "إن المشرع استخدم لفظ الدخول في طائفة من المسائل، فإما أن يتحد معناه فيها جميعاً وإما ألا يتحد؛ بل يتنوع ويختلف من مسألة إلى أخرى.

وهذا الأخير باطل؛ لأنه ترجيح بدون مرجح وهو تحكم، فيسلم الأول؛ أعني وحدة المعنى"<sup>(31)</sup>.

### 2. اجتهاد المحكمة العليا

اعتبرت المحكمة العليا في اجتهادها أن انتقال الزوجة مع زوجها واختلائه بها دخولاً فعلياً-حقيقياً- تترتب عليه الآثار الشرعية، حتى ولو لم يقع احتفال بالدخول<sup>(32)</sup>، وأن (( الخلوة الصحيحة بعد توفر أركان الزواج تجعل الدخول قد تم شرعاً ))<sup>(33)</sup>.

كما اعتبرت مرافقة الزوجة لزوجها بمثابة شاهد حاسم على الخلوة المعبر عنها بإرخاء الستور أو خلوة الاهتداء؛ توجب جميع الصداق المسمى باتفاق الفقهاء<sup>(34)</sup>؛ بل عدت القضاء بخلاف ذلك خرقاً لأحكام الشريعة؛ إذ ((

من المقرر فقها وشرعا أن الزوجة تستحق كاملا بمجرد الدخول واختلاء الزوج بها، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة<sup>(35)</sup>.

الفقرة الثانية: تطبيق المادة 16 استرشادا بالقواعد الفقهية

بداية لا بأس من تقييم آراء الباحثين السالفة والتعليق عليها (أولا)، قبل أن نورد القواعد الفقهية التي تساعدنا في فهم قصد المشرع من نص هذه المادة (ثانيا).

### أولا: تعقيب على آراء الباحثين

لا يفهم من كلمة "التعقيب" أننا بصدد بحث فقهي متخصص نعرض فيه حجج كل من الرأيين والمؤاخذات عليهما، انتهاء بترجيح ما قوي دليله وظهرت حجته، إنما هو تعليق من قبيل إبداء الرأي فحسب. وإذا كان الرأي الأول يمثل اختيار أغلب شراح قانون الأسرة<sup>(36)</sup> وهو موافق لما استقر عليه الاجتهاد القضائي - المحكمة العليا-؛ بل هو في الحقيقة يمثل أقوال ومذاهب فقهاء الشريعة الإسلامية، فإن الرأي الثاني يستوجب المتابعة والتعقيب.

حيث أنه، وعلى الرغم من استناد هذا الرأي إلى مبدأ مسلم به في تفسير النصوص، إلا أنه لا يمكن الجزم بإعماله في نازلة الحال؛ لأن المشرع في قانون الأسرة انتهج منهج التلفيق بين الآراء والمذاهب الفقهية المختلفة ولم يلتزم مذهبا بعينه في صياغة نصوصه؛ فليس بالضرورة أن تكون استعمالاته للألفاظ ودلالاتها - ولو في نفس المسألة- على نسق.

ومتى كان كذلك يصبح افتراض وحدة معنى الدخول في عرف المشرع الأسري مجرد احتمال، وما تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال!!

زيادة على أن اعتماد هذا الرأي يُضيق مجال تطبيق النص القانوني ويحصره في أفق محدود، فإن التعويل عليه من الناحية العملية متعذر؛ لما يترتب عليه من صعوبة الإثبات، يقول ابن تيمية: "فتعليق وجوب المهر بالوطء لا يسوغ، لا في الباطن ولا في الظاهر: أما الباطن فلأنه موقوف على اختياره [الزوج]، والمرأة إذا بذلت جميع ما يجب عليها، واستمتع بها فيما دون الفرج، وامتنع عن الإيلاج صار ثبوت حقها موقوفا على مجرد اختياره، وهذا لا يجوز. وأما الظاهر فلأن الوطء لا يمكن إثباته أصلا، فلا يجوز تعليق الاستحقاق في الظاهر بما لا يقوم عليه بينة، ولا يقر به خصم، مع العلم بكثرة وجوده"<sup>(37)</sup>.

ثم أنه إذا فتحنا الباب للافتراضات-المنطقية طبعاً-، يُشرع القول بأن المشرع الأسري وهو يسُن هذه المادة، لم يرغب عليه أن المسألة خلافية في المصدر الذي أخذت منه؛ أعني الفقه الإسلامي، فلو كانت إرادته متجهة إلى معنى حصري لهذا اللفظ لخصّه بالتقنين ونص عليه أسوة في ذلك في بعض التشريعات العربية التي حسمت المسألة<sup>(38)</sup>.

### ثانيا: قراءة نص المادة 16 من قانون الأسرة في ضوء القواعد الفقهية

أما وقد تقرر في عنصر سابق من هذا البحث أن القواعد الفقهية تضبط الاجتهاد في تنزيل وتطبيق النص القانوني بضوابط ومحددات تمنع فوضى الاجتهاد والتيه وسط الأقوال والفروع الفقهية؛ مما يعني أن التوسل بها في

استنتاج إرادة المشرع المستقاة من نص هذه المادة، عبر آلية التفسير أمر منهجي وواجب؛ فالوسائل (القواعد الفقهية) التي لا يتوصل إلى المطلوب (التفسير السليم للنص القانوني، ليأخذ طريقه إلى التطبيق) إلا بما فهي واجبة بالتبع<sup>(39)</sup>. وهكذا فإن الخلوة الصحيحة تدرج في لفظ الدخول الوارد في المادة 16 من قانون الأسرة، وتأخذ حكم الدخول الحقيقي، عملاً بقاعدة: "ما قارب الشيء يُعطى حكمه"<sup>(39)</sup>، ومعنى هذه القاعدة أنه إذا تقارب أمران يسرى عليهما نفس الحكم؛ سواء تعلق ذلك بالأحكام الموضوعية أو بالإجراءات أو الآجال.

واعتماداً على قاعدة: "يتقرر [يتأكد] المهر كله بأحد ثلاثة أشياء: (الأول) الوطاء و(الثاني) الخلوة ممن يمكن الوطاء و(المقرر الثالث) الموت قبل الدخول"<sup>(40)</sup>.

وإعمالاً للضابط: "إذا حصل شيء من مقاصد النكاح استقر المهر"<sup>(41)</sup>؛ الذي معناه: أن استقرار ملك الزوجة لكامل المهر مشروط باستباحة الزوج منها ما لا يباح له بدون النكاح؛ "وهذا يحصل بالوطء في الفرج ودون الفرج، وبالمباشرة في غير الفرج، وبالخلوة المختصة بالنكاح"<sup>(42)</sup>.

إن أهمية القواعد الفقهية - وفق ما تناولناه في الفرع الأول من البحث - أكسبتها - علاوة على ما امتازت به من خصائص علمية - مكانة وقيمة قضائية وفائدة عملية، مكّنت من الاستناد إليها والاستفادة منها في مجال تفسير النصوص، ونطاق تطبيق القانون، وجعلتها ضماناً حقيقية لتوحيد منهج التفسير تحقيقاً للعدالة ومنعاً للاضطراب والاختلاف العائد على التقنين بالإبطال.

ختاماً، نأمل أن يتدخل المشرع بتعديل نص المادة 16 من قانون الأسرة وإعادة صياغتها ليصبح نصها: ((يثبت الصداق للزوجة بالعقد الصحيح، ويتأكد كله بالدخول، أو الخلوة الصحيحة، أو الوفاة. وتستحق المطلقة قبل الدخول نصف المهر أن كان مسمى، وإلا حكم لها القاضي بنصف مهر المثل)). وإلى أن يتحقق ذلك نوجه عناية قضاة شؤون الأسرة إلى الاسترشاد بالقواعد الفقهية في تكملة قصور نصوص هذا القانون، وتجلية معانيها عند نظر الدعاوى، ومراعاتها في تطبيق أحكام هذا القانون؛ فهي عمدة القاضي وعدته، فما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

**خاتمة:**

ختاماً، نأمل أن يتدخل المشرع بتعديل نص المادة 16 من قانون الأسرة وإعادة صياغتها ليصبح نصها: (( يثبت الصداق للزوجة بالعقد الصحيح، ويتأكد كله بالدخول، أو الخلوة الصحيحة، أو الوفاة. وتستحق المطلقة قبل الدخول نصف المهر أن كان مسمى، وإلا حكم لها القاضي بنصف مهر المثل)). وإلى أن يتحقق ذلك نوجه عناية قضاة شؤون الأسرة إلى الاسترشاد بالقواعد الفقهية في تكملة قصور نصوص هذا القانون، وتجلية معانيها عند نظر الدعاوى، ومراعاتها في تطبيق أحكام هذا القانون؛ فهي عمدة القاضي وعدته، فما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

**خاتمة:**

ختاما، نأمل أن يتدخل المشرع بتعديل نص المادة 16 من قانون الأسرة وإعادة صياغتها ليصبح نصها: ((يثبت الصداق للزوجة بالعقد الصحيح، ويتأكد كله بالدخول، أو الخلوة الصحيحة، أو الوفاة. وتستحق المطلقة قبل الدخول نصف المهر أن كان مسمى، وإلا حكم لها القاضي بنصف مهر المثل)). وإلى أن يتحقق ذلك نوجه عناية قضاة شؤون الأسرة إلى الاسترشاد بالقواعد الفقهية في تكملة قصور نصوص هذا القانون، وتجلية معانيها عند نظر الدعاوى، ومراعاتها في تطبيق أحكام هذا القانون؛ فهي عمدة القاضي وعدته، فما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

#### مصادر البحث ومراجعته

1. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، **قاعدة في العقود** - مطبوع باسم: نظرية العقد. لا. ط؛ بيروت: دار المعرفة، د.ت.
2. ابن رجب الحنبلي، **القواعد**. لا. ط؛ لا. م: دار الفكر، د.ت .
3. ابن رشد - الجد-، **المقدمات والممهديات**، تحقيق: محمد حجي وسعيد أعراب. ط: 1؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1408هـ؟
4. ابن رشد- الحفيد-، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**. ط: 6؛ بيروت- لبنان: دار المعرفة، 1402هـ/1982م.
5. ابن منظور، **لسان العرب**. لا: ط؛ بيروت: دار صادر، 1388هـ/1968م .
6. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، **الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان**. ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1419هـ/1999م
7. الباحسين، يعقوب، **القواعد الفقيه: المبادئ والنظريات**. ط: 1؛ الرياض: مكتبة الرشد ومطبعة الرياض، 1998.
8. التفتازاني، سعد الدين، **التلويح على التوضيح**. لا. ط؛ القاهرة: مطبعة محمد علي صبيح، 1957.
9. الحموي، شهاب الدين غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر. ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1985.
10. الدسوقي، محمد عرفة، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**. لا: ط؛ مصر: دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي، د.ت .
11. الروكي، محمد، **نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء**. ط: 1؛ الرباط: كلية الآداب والعلوم الإنسانية، جامعة محمد الخامس، 1994.
12. الزرقا، مصطفى، **المدخل الفقهي العام**. ط: 10؛ دمشق: دار الفكر، 1986.
13. زروق، أحمد بن أحمد بن محمد، أبو العباس، **قواعد التصوف**، تقديم وتحقيق: عبد المجيد خيالي. ط: 2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1426هـ/2005م .
14. السبكي، تاج الدين، **الأشباه والنظائر**، تحقيق: أحمد عبد الموجود وعلي معوض. ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1411هـ - 1991م.
15. الشاطبي، **الموافقات**. ط: 4؛ بيروت: دار المعرفة، 1992.
16. القراني: **الذخيرة**، لا. ط؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1994.
17. القراني، **الفروق**، تحقيق: خليل منصور. لا. ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ - 1998م.

18. القرطبي، محمد بن أحمد أبو عبد الله، الجامع لأحكام القرآن. ط:2؛ القاهرة: دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، 1387هـ/1987م.
19. الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط:2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1406هـ..
20. المعلم بطرس البستاني، محيط المحيط. لا:ط؛ بيروت: مكتبة لبنان، 1987.
21. مقدمة الشيخ مصطفى الزرقا على شرح القواعد الفقهية، لوالده الشيخ أحمد الزرقا. ط:2؛ دمشق: دار القلم، 1409هـ/1989م
22. المقرئ، محمد أبو عبد الله، القواعد، تحقيق: أحمد بن عبد الله بن حميد. ط:1؛ مكة المكرمة: معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، 1404 هـ.
23. الندوي، علي أحمد، القواعد الفقهية: مفهومها، نشأتها، تطورها، دراسة مؤلفاتها، أدلتها، مهمتها، تطبيقاتها. ط:1؛ دمشق: دار القلم، 1986.
24. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية- الكويت، الموسوعة الفقهية، ط:2؛ الكويت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، 1410هـ/1990م.
25. بلحاج، العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ط:6؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2010.
26. بن ملح، الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء. ط:2؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2008.
27. آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية. ط:2؛ الجزائر: دار هومة، 2006.
28. إسماعيل شيخ، الإشكالات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة، مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران 1433-1434هـ/2012-2013م.
29. إلغات ربيحة، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011.
30. عكوش، عزيزة، القواعد والضوابط الفقهية المستخرجة من كتاب أصول الفتيا لأبي حارث الخشني، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص: أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 1422هـ/2001م.
31. القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 19/11/1984، ملف رقم (35107)، المجلة القضائية، العدد 2، 1990.
32. القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 02/10/1989، ملف رقم (55116)، المجلة القضائية، العدد 1، 1991..
33. القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 09/05/1988، ملف رقم (49283)، المجلة القضائية، العدد 2، 1992.
34. القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 18/06/1991، ملف رقم (74375)، المجلة القضائية، العدد 1، 1993.
35. القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 08/05/2002، ملف رقم (289545)، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2004.
36. <http://www.gcc-legal.org>

الهوامش<sup>(1)</sup>:

- (1) أحمد بن أحمد بن محمد زروق، أبو العباس، قواعد التصوف، تقديم وتحقيق: عبد المجيد خيالي (ط: 2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1426هـ/2005م). القاعدة 2، ص 21.
- (2) ابن منظور، لسان العرب، ج 3 (لا: ط؛ بيروت: دار صادر، 1388هـ/1968م). مادة قعد، ص 126.
- (3) القرطبي، محمد بن أحمد أبو عبد الله، الجامع لأحكام القرآن، ج 2 (ط: 2؛ القاهرة: دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، 1387هـ/1987م)، ص 120.
- (4) التفتازاني، سعد الدين، التلويح على التوضيح، ج 1 (لا: ط؛ القاهرة: مطبعة محمد علي صبيح، 1957) ص 20.
- (5) السبكي، تاج الدين، الأشباه والنظائر، تحقيق: أحمد عبد الموجود وعلي معوض، ج 1 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1411هـ - 1991م) ص 11.
- (6) الحموي، شهاب الدين غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، ج 1 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1985) ص 22.
- (7) المقرئ، محمد أبو عبد الله، القواعد، تحقيق: أحمد بن عبد الله بن حميد، ج 1 (ط: 1؛ مكة المكرمة: معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، 1404 هـ) ص 212.
- (8) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 2 (ط: 10؛ دمشق: دار الفكر، 1986) ص 947.
- (9) الندوي، علي أحمد، القواعد الفقهية: مفهوماً، نشأناً، تطورها، دراسة مؤلفاتها، أدلتها، مهمتها، تطبيقاتها (ط: 1؛ دمشق: دار القلم، 1986) ص 43 - 45.
- (10) يعقوب الباحسين، القواعد الفقهية: المبادئ والنظريات (ط: 1؛ الرياض: مكتبة الرشد ومطبعة الرياض، 1998)، ص 54.
- (11) محمد الروكي، نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء (ط: 1؛ الرباط: كلية الآداب والعلوم الإنسانية، جامعة محمد الخامس، 1994) ص 48.
- (12) نفسه، ص 60.
- (13) الشاطبي، الموافقات، ج 2 (ط: 4؛ بيروت: دار المعرفة، 1992) ص 52.
- (14) الروكي، نظرية التقعيد الفقهي، مرجع سابق، ص 63.
- (15) نفسه.
- (16) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص 11.
- (17) السبكي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص 10.
- (18) القراني، الفروق، تحقيق: خليل منصور، ج 1 (لا: ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ - 1998م) ص 5 - 6.
- (19) القراني: الذخيرة، ج 1 (لا: ط؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1994) ص 36.
- (20) نفسه، ج 1 ص 55.
- (21) مقدمة الشيخ مصطفى الزرقا على شرح القواعد الفقهية لوالده الشيخ أحمد الزرقا، ص 11.
- (22) فقد جاء إحدى التوصيات التي خلصت لها ندوة تطور العلوم الفقهية: القواعد الشرعية، المنظمة من قبل وزارة الأوقاف والشؤون الدينية بسلطنة عمان عام 1425هـ/2004م: " المنظومة الأصولية ابتعدت شيئاً فشيئاً عن واقع الحياة، بسبب مبالغتها وتركيزها على الجانب البياني اللغوي؛ ولذلك تأتي أهمية القواعد الفقهية لتطوير هذه المنظومة بما يتواءم مع حركة الحياة، لملازمة القواعد الفقهية حركة المجتمع، وإدراكها لمقاصد الشرع من دون الإخلال بالآلة اللغوية، أو إهمال القواعد الأصولية ".
- (23) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، الموسوعة الفقهية، ج 20 (ط: 2؛ الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1410هـ/1990م) ص 242.
- (24) المعلم بطرس البستاني، محيط المحيط (لا: ط؛ بيروت: مكتبة لبنان، 1987)، ص 272.
- (25) ينظر: ابن رشد - الجد -، المقدمات والمهدات، تحقيق: محمد حجي وسعيد أعراب، ج 1 (ط: 1؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1408هـ)، ص 537؛ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 2 (لا: ط؛ مصر: دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي، د.ت)، ص 300؛ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 2 (ط: 2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1406هـ)، ص 291.

- (26) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2 (ط:6؛ بيروت-لبنان: دار المعرفة، 1402هـ/1982م) ص22.
- (27) أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية، قاعدة في العقود- مطبوع باسم: نظرية العقد (لا. ط؛ بيروت: دار المعرفة، د.ت) ص 247.
- (28) إلغات ربيحة، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2011، ص 133-123.
- (29) إسماعيل شيخ، الإشكالات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة، مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران 1433-1434هـ/ 2012-2013م ص68
- (30) ينظر: المرجع نفسه ص67-68.
- (31) نفسه ص67-68.
- (32) القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 18/06/1991، ملف رقم (74375)، المجلة القضائية، العدد1، 1993، ص61؛ وكذا القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 02/10/1989، ملف رقم (55116)، المجلة القضائية، العدد 1، 1991، ص33.
- (33) القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 08/05/2002، ملف رقم (289545)، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2004، ص373.
- (34) القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 19/11/1984، ملف رقم (35107)، المجلة القضائية، العدد 2، 1990، ص 55.
- (35) القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 09/05/1988، ملف رقم (49283)، المجلة القضائية، العدد 2، 1992، ص 44.
- (36) انظر: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1 (ط:6؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2010) ص 221؛ الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء (ط:2؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2008) ص 60؛ آث ملوينا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية (ط:2؛ الجزائر: دار هومة، 2006) ص151-152.. وغيرهم.
- (37) ابن تيمية، قاعدة في العقود، مرجع سابق، ص246-247.
- (38) فمثلا نصت المادة 52 فقرة 2 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، وأيضا المادة 39 من قانون الأسرة القطري على: (( ... ويجب المهر بالعقد الصحيح، ويتأكد كله بالدخول، أو الحلوة الصحيحة، أو الوفاة...)). وغيرهما. القوانين المذكورة متوفرة على الرابط : <http://www.gcc-legal.org> ، تاريخ الزيارة: 2016/01/28.
- \* هذا التعبير مستوحى من القاعدة الفقهية "ما لا يتوصل إلى المطلوب إلا به فهو مطلوب"؛ وهي القاعدة 144 من قواعد المقرري، مرجع سابق، ج1 ص 393.
- (39) وهي القاعدة 88 من قواعد المقرري، حيث وردت بلفظ: (( اختلف المالكية في إعطاء ما قرب من الشيء حكمه أو بقائه على أصله )) ج1 ص 313. وانظر: عزيزة عكوش، القواعد والضوابط الفقهية المستخرجة من كتاب أصول الفتيا لأبي حارث الحشني، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص: أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 1422هـ/ 2001م، ص 241.
- (40) القاعدة 155 من قواعد ابن رجب. انظر: ابن رجب الحنبلي، القواعد (لا.ط؛ لا.م: دار الفكر، د.ت) ص 330.
- (41) ابن تيمية، قاعدة في العقود، مرجع سابق، ص 243.
- (42) نفسه، ص 247.