جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي
Université Echahid Hamma Lakhdar - El-Oued

مخبر الدراسات الفقهية والقضائية
L.D.J.S

مجلة
الدراسات الفقهية والقضائية

مجلة نصف سنوية علمية محكمة
تصدر عن مخبر الدراسات الفقهية والقضائية جامعة الوادي - الجزائر

العدد: 01 - السنة: 01 - صفر 1437 هـ - ديسمبر 2015م

رقم الإيداع القانوني: 2015-6181
ردمد : ISSN 2477-9806

الدراسات الفقهية والقضائية

Doctrinal and Judicial Studies

جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي
Université Echahid Hamma Lakhdar - El-Oued

مخبر الدراسات الفقهية والقضائية
L.D.J.S

Journal of Doctrinal and Judicial Studies

Refereed academic biannual issued
by the Laboratory of doctrinal and Judicial Studies
University of El oued / Algeria

N°. 01, Vol. 1 - Safar 1437 - December 2015

سامي للطباعة والنشر والتوزيع

رقم الإيداع القانوني: 2015-6181
ردمد : ISSN 2477-9806

منشورات جامعة الوادي

مخبر الدراسات الفقهية والقضائية

مجلة الدراسات الفقهية والقضائية

نصف سنوية علمية محكمة يصدرها مخبر الدراسات الفقهية والقضائية
جامعة الوادي - الجزائر

المجلد الأول - العدد الأول: صفر 1437 هـ / ديسمبر 2015 م

ISSN 2477-9806

الرئيس الشرفي:
أ.د عمر فرحاتي

مدير المجلة
أ.د أبو بكر لشهب
رئيس التحرير
د. عبد القادر حوبه

نائب رئيس التحرير
د. حياة عبيد

هيئة التحرير
أ.د ابراهيم رحماني
د. محمد رشيد بوغزالة
د. عبد الكريم بوغزالة
د. خالد تواتي
د. أمنة سلطاني
أ. محمد بجاق

من أعضاء الهيئة العلمية الاستشارية

(أ) من الجامعات الوطنية:

أ.د. أبو بكر لشهب (جامعة الوادي)
أ.د. إبراهيم رحماني (جامعة الوادي)
أ.د. الأخضر الأخضري (جامعة وهران)
أ.د. سليمان ولد خسال (جامعة المدية)
أ.د. صالح بوبشيش (جامعة باتنة)
أ.د. صالح حمليل (جامعة أدرار)
أ.د. عبد الرزاق زوينة (جامعة الجزائر1)
أ.د. عبد القادر بن حرز الله (جامعة باتنة)
أ.د. عبد القادر بن عزوز (جامعة الجزائر1)
أ.د. عز الدين كيحل (جامعة بسكرة)
أ.د. عمار بوضياف (جامعة تبسة)
أ.د. فريدة مزياني (جامعة باتنة)
أ.د. مبروك غضبان (جامعة باتنة)
أ.د. محمد الناصر بوغزالة (جامعة الجزائر1)
أ.د. محمد سنيني (جامعة البليدة)
أ.د. مقلاتي صحراوي (جامعة باتنة)

(ب) من خارج الوطن:

أ.د. حسن عبد الغني أبو غدة (جامعة الملك سعود بالرياض – السعودية)
أ.د. صالح خالد الشقيرات (جامعة الجوف – السعودية)
أ.د. عبد الحق حميش (جامعة حمد بن خليفة – قطر)
أ.د. عز الدين بن زغيبة (كلية الدراسات الإسلامية والعربية – دبي)
أ.د. محماد بن محمد رفيع (جامعة سيدي محمد بن عبد الله – فاس – المملكة المغربية)
أ.د. محمد أحمد حسن القضاة (الجامعة الأردنية)
أ.د. محمد علي سميران (جامعة آل البيت – المفرق – الأردن)
أ.د. يوسف إبراهيم يوسف (جامعة الأزهر)

- تتعاون المجلة مع أكثر من مائة محكم متخصص من داخل وخارج الوطن ممن لهم درجة الأستاذية في التعليم العالي.

توجه جميع المراسلات إلى:

رئيس تحرير مجلة الدراسات الفقهية والقضائية - جامعة الوادي
ص . ب : 789 الوادي 39000 الجزائر هاتف - فاكس : 032223004

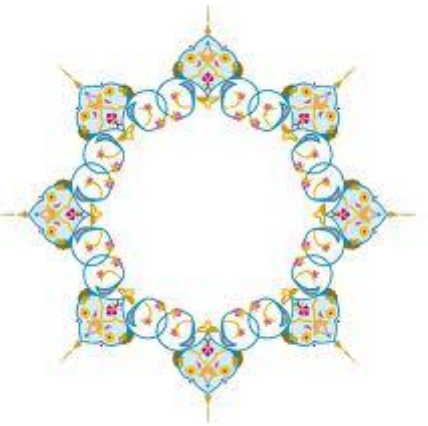
قائمة المحتويات

مجلة الدراسات الفقهية والقضائية : المجلد الأول - العدد الأول

صفر 1437 هـ / ديسمبر 2015 م

الموضوع	رقم الصفحة
▣ كلمة الرئيس الشرفي للمجلة: مدير الجامعة بقلم الأستاذ الدكتور عمر فرحاتي	07
▣ كلمة مدير المجلة: بقلم الأستاذ الدكتور أبو بكر لشهب	09
▣ افتتاحية العدد : العولمة القانونية وخصوصية النظم القانونية الوطنية بقلم رئيس التحرير: الدكتور عبد القادر حوبه	11
▣ تعلق الحقوق والواجبات بالذمة، وتجزء الأهلية تكامل أم انفصام؟ بين فقهاء الشريعة وفقهاء القانون بقلم : أ. د. أبو بكر لشهب (جامعة الوادي - الجزائر)	15
▣ التعريف بالنظريات الفقهية وأهمية دراستها بقلم : د. قبلي مهني (جامعة الأغواط - الجزائر)	37
▣ ما جرى به العمل وبعده المقاصدي في الفقه المالكي بقلم : د. نبيل موفق (جامعة الوادي - الجزائر)	57
▣ أثر الفقه المقارن في مؤلفات المالكية بقلم : أ. فريدة حايد (جامعة الوادي - الجزائر)	75
▣ ضوابط التمييز بين المخارج المشروعة والحيل الممنوعة بقلم: د. عبد القادر جعفر (جامعة غرداية - الجزائر)	105
▣ إثبات الزواج العرفي المتنازع فيه " دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري " بقلم : د. عبد الله حاج أحمد (جامعة أدرار - الجزائر)	127

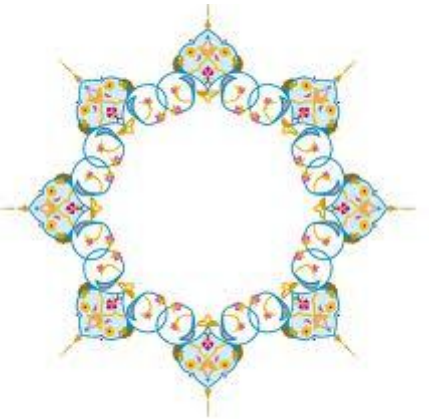
▣ مركز الولي في عقد الزواج فقها وقانونا وقضاء
بقلم : أ.محمد بجاق (جامعة الوادي – الجزائر) 143
▣ الدفع بالنظام العام في منازعات الميراث والوصية ذات البُعد الدولي
بقلم : د. بدر شنوف (جامعة الوادي - الجزائر) 177



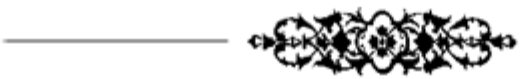
قواعد النشر في المجلة

- أن لا يكون البحث منشورا أو مقدما للنشر في مجلة أخرى.
- أن لا يكون البحث مستلا من رسالة جامعية أو من كتاب سبق نشره.
- أن يكون البحث في نطاق اختصاص المجلة (علوم الفقه والقضاء والشريعة والقانون) وأن يتسم بالجدة والإضافة.
- أن يتراوح عدد صفحات البحوث من خمسة عشر صفحة إلى ثلاثين صفحة من الحجم A4.
- أن يلتزم الباحث بمعايير البحث العلمي وقواعده مع مراعاة التوثيق الدقيق لمواد البحث.
- أن يرقن بحثه بخط "ترايديسيونال أرابيك" صفحات A4 ، وأن يستعمل حجم الخط 16 بالنسبة للمتن، و12 بالنسبة للحاشية وفق صيغة وورد، وأن تكون الحواشي والإحالات آخر البحث وفق ترقيم تسلسلي مع ذكر البيانات الكاملة للمصادر والمراجع المعتمدة.
- يرفق البحث بملخص في حدود مائة كلمة. مع ترجمته إلى اللغة الإنجليزية.، وإذا كان البحث بلغة أجنبية يرفق بملخص باللغة العربية.
- يرسل البحث عبر بريد المجلة الإلكتروني، أو يرسل في قرص ممغنط CD مع نسختين ورقيتين عبر العنوان البريدي للمجلة.
- يرفق الباحث خطاباً موقعاً منه يطلب فيه نشر بحثه، متضمنا تصريحا بكون بحثه ليس جزءا من رسالة جامعية أو كتاب منشور أو أرسل للنشر في دورية أخرى.
- يرفق البحث بالسيرة الذاتية للكاتب متضمنة درجته العلمية ووظيفته وعنوانه الكامل (المهني - الشخصي) البريدي والإلكتروني ورقم الهاتف.
- تُعرض البحوث على لجنة فحص أولي للنظر في مدى استيفائها لشروط النشر، ثم توجه إلى التحكيم المتخصص بشكل سري.
- ترسل المجلة وعدا بالنشر بمجرد وصول التقارير إيجابية. كما ترسل اعتذارا عن النشر إذا كانت التقارير غير إيجابية دون الالتزام بإعادة إرسال الأبحاث إلى أصحابها أو بيان مبررات الامتناع عن النشر.
- يُعطى الباحث في حالة نشر بحثه ثلاث نسخ من العدد الذي نشر فيه بحثه.

- ـ تمتلك المجلة حقوق نشر البحوث المقبولة فيها للنشر، ولا يجوز نشرها لدى جهة أخرى إلا بعد الحصول على ترخيص رسمي من المجلة.
- ـ لا يحقّ للباحث طلب عدم نشر بحثه بعد تحكيمه وقبوله للنشر.
- ـ ما ينشر في المجلة يعبر عن رأي كاتبه، ولا يمثل بالضرورة رأي المجلة.
- ـ يخضع ترتيب الموضوعات بالمجلة لاعتبارات فنية لا ترتبط برتبة الباحث ولا بمكانته العلمية.



كلمة مدير الجامعة



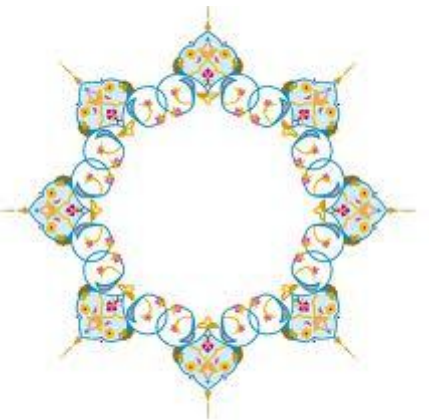
تمثل هذه الحركية العلمية التي تشهدها جامعة الشهيد حمّه لخضر نقلة نوعية في بعدها المعرفي والأكاديمي وفي شقيها الأساسيين الفعل البيداغوجي والبحث العلمي اللذين يشكلان مركز الثقل الأساسي وجوهر الإشعاع العلمي المراد تحقيقه .

في هذا الإطار، وهذا المناخ المتميز يأتي نشاط مخبر الدراسات الفقهية والقضائية بنوعية أساتذته و ثقل برنامجه وطموح مسؤوليه، وهذا يحمل الجميع مسؤولية ثقيلة في تقديم الاجتهاد الفقهي والقضائي المطلوب وفي نشر الفكر العلمي المعتدل والذي نحن متأكدون من تجسيده الميداني وذلك لما لمسناه من نبل أخلاق منتسبي هذا المخبر ورشادة عقلهم وكفاءتهم العلمية.

إن هذا المولود الجديد سيكون بالتأكيد إضافة حقيقة للدراسات الفقهية والقضائية وسيكون مرجعا أساسيا لكل الباحثين والطلبة على اختلاف تخصصاتهم، وهذا مصدر فخر لنا ويدخل في سياق استراتيجيتنا العامة للدفع بهذه الجامعة الفتية لتحتل الريادة في كل المجالات .

تمنياتي بالتوفيق والسداد لفريق المجلة ولكل أعضاء المخبر
مدير الجامعة

أ.د.عمر فرحاتي



كلمة مدير المجلة

الحمد لله الذي تتم بتوفيقه الأعمال وتعم بفضله البركات والصلاة والسلام على المبعوث هاديا ومعلما للبشرية محمد ابن عبد الله عليه أفضل الصلاة وأزكى التسليم .

وبعد :

بتوفيق من الله تعالى أولا ثم بتظافر جهود ثلة من خيرة الأساتذة الباحثين في مخبر الدراسات الفقهية والقضائية بجامعة الوادي ، - يطيب لي أن – أقدم العدد الأول من مجلة " الدراسات الفقهية والقضائية " للباحثين والدارسين وطلاب العلم .

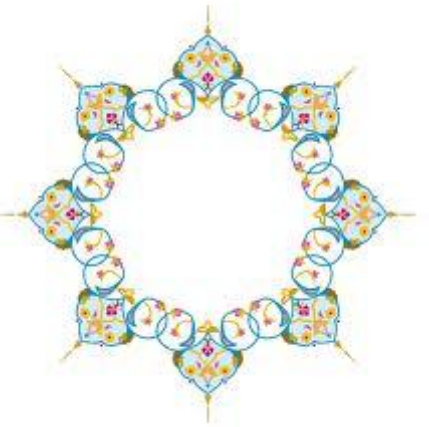
ويأتي هذا العدد ضمن المشروع العلمي لمخبر الدراسات الفقهية والقضائية ، إيمانا من القائمين عليه والمؤسسين له ، أن تقدم الشعوب والأمم طريقه: البحث العلمي ، وأن مخابر البحث والمجلات الأكاديمية رافد وداعم للعملية التعليمية بالجامعة ، وهذه المجلة لبنة وخطوة مكملة للعمل البيداغوجي .

وبهذه المناسبة نؤكد لجمهور المجلة – من قراء ، وباحثين ، ....- أننا نحرص على الانتظام في صدور المجلة مرتين أو أكثر في السنة ، وأن هيئة المجلة ترحب بكل انتاج علمي من السادة العلماء من الأساتذة والباحثين من داخل الوطن و خارجه، تدخل ضمن مجال تخصصها ومحاور البحث في المخبر، باللغات الثلاث: العربية ، والإنجليزية، والفرنسية، مع التقيد بالشروط والمعايير المتعارف عليها للنشر.

وآراء المحكمين – من داخل الوطن وخارجه – غير قابلة للنقد أو الاعتراض، كما أننا نعمل جاهدين على سرية التحكيم والتقيد فيه بالإجراءات المعمول بها دوليا.

ونعطي الأولوية للبحوث والدراسات العلمية ذات الطابع الميداني المتصلة بالقضايا المعاصرة ، والمستجدات في الساحة الوطنية والإقليمية والعالمية. ونفتح المجال لنشر ملخصات وتقارير مشاريع البحوث الأكاديمية، ونتائج الدراسات، والتعاون مع كل الهيئات البحثية ذات الصلة العلمية (للتبادل والتعاون).

أ.د. لشهب بوبكر



افتتاحية العدد

العولمة القانونية وخصوصية النظم القانونية الوطنية

لم تكن النظم القانونية التي يقوم عليها كيان المجتمعات يوما ما تسير في اتجاه واحد في كل مجالاتها، فكل مجتمع يخضع لقيم ومرتكزات يشعر من خلالها أفراده بإلزامية اتباعها وعدم الخروج عنها. غير أن تطور المجتمعات أدى إلى ظهور كيان جديد يتميز بنوع من التنظيم الدولي الذي لم يكن معروفا في العصور السابقة. هذا الكيان الجديد هو ما نطلق عليه بالمجتمع الدولي. وترتب على ذلك أن ظهرت الاتفاقيات الدولية الشارعة التي تنظم مجالات عديدة في العلاقات الدولية.

غير أن ما تضمنته بعض هذه الاتفاقيات ذات العلاقة بحقوق الإنسان طرح بشدة إشكالية عالمية حقوق الإنسان وعولمتها على صعيد الفقه القانوني الدولي، فبعد أن اضطلعت المنظومة القانونية الدولية باحتوائها على نصوص كثيرة تتعلق بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، لوحظ أن هذه المنظومة قد تصدت إلى الخوض في مسائل تعتبر من خصوصيات نظم قانونية داخلية، وكان الأصل أن تتطرق هذه المنظومة القانونية الدولية إلى تلك المفاهيم العامة التي تشترك فيها كل النظم القانونية الوطنية دون التطرق إلى الجزئيات ومحاولة الاعتماد على نظم على حساب أخرى.

وإذا كانت حقوق الإنسان تتصف حسب الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بالعالمية، بمعنى أنها حقوق لا تختلف فيها أي دولة عن الأخرى، أو

أي مجتمع على مجتمع آخر، فإن الواقع يختلف عن ذلك، فما يعتبر حقا من حقوق الإنسان في مجتمع معين قد لا يشكل حقا في مجتمع آخر.

إن وجهة النظر الرامية إلى عالمية حقوق الإنسان تقوم على أن تسمية الإعلان العالمي بهذه التسمية يهدف إلى تكريس الحقوق المنصوص عليها في الإعلان، ومن أجل إقرار أن هذه الحقوق هي حقوق عالمية. فهي مبادئ واجبة التطبيق في كافة المجتمعات بغض النظر عن اختلافها اجتماعيا وسياسيا واقتصاديا وثقافيا.

ويظهر هذا المفهوم العالمي لحقوق الإنسان من خلال بعض نصوص ميثاق الأمم المتحدة مثل نص المادة 55 من الميثاق التي تنص على أنه " يشيع في العالم احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين، ولا تفريق بين الرجال والنساء ومراعاة تلك الحقوق والحريات فعلا ".

ومع ذلك، فإن هذا المفهوم العالمي يعترضه الكثير من العوائق منها ما يتعلق بالجانب الفكري الأيديولوجي والحضاري، ومنها ما يتعلق بالجانب التقني. ومن هذ المنطلق يرى الاتجاه الآخر أن حقوق الإنسان تتميز في بعض جوانبها بطابع الخصوصية.

ففيما يتعلق بالعقبات الفكرية، فإن الجانب الفكري الأيديولوجي والحضاري ينعكس بالضرورة على مفهوم حقوق الإنسان، ففي المجال الأيديولوجي ننظر إلى مفهوم حقوق الإنسان الفكر الاشتراكي والفكر الرأسمالي، بالإضافة إلى الفكر الإسلامي.

ففي النظام الاشتراكي، نلاحظ أنه يعتمد على فكرة الملكية الجماعية لوسائل الإنتاج، وهو في ذلك ينتهج منهجا معاكسا للمنهج الرأسمالي في تسيير وسائل الإنتاج، حيث يعتمد هذا الأخير على فكرة الملكية الفردية لوسائل الإنتاج، وكل هذه الاختلافات تؤثر حتما على مفهوم حقوق الإنسان.

وإذا انتقلنا إلى النظام الاقتصادي الإسلامي، فإن الملكية لها ضوابط تحكمها، حيث أقر الإسلام الملكية الفردية للموارد الطبيعية ولرأس المال، كما تطرق إلى الملكية العامة التي تشمل الموارد الأساسية للطاقة والماء في المجتمع وغيرها، مما يعامل كمرافق عامة مما استحدثته الدولة من مال الجماعة أو مواردها المشتركة، وهذا يتعلق بالمصلحة العامة للمسلمين. وتكون الدولة في هذه الحالة مسؤولة عن إدارة المال العام أمام المجتمع الإسلامي.

أما في مجال الملكية الفردية، فقد وضع الإسلام ضوابط تهدف إلى وظيفتها في المجتمع ودورها في تنميته. ومن ثم، فإن الفرد في المجتمع الإسلامي يُفرَض عليه واجب دفع الزكاة في ماله.

لذلك، نلاحظ أن الفرق بين مفهوم حقوق الإنسان في مجال الملكية بين كل من الفكر الاشتراكي من جهة، والفكر الرأسمالي من جهة ثانية، وبين مفهوم الملكية في الفقه الاقتصادي الإسلامي من جهة ثالثة.....

من خلال ذلك، فإن مفهوم حقوق الإنسان في مجال حق الملكية لا يتصف بالعالمية، بل تعترضه عقبات أيديولوجية تختلف من فلسفة إلى أخرى.

أما في المجال الحضاري، فإننا نلاحظ أن ما يتضمنه الميثاق الدولي لحقوق الإنسان يختلف في أجزاء منه عن ثقافات كثيرة.

وإذا ألقينا نظرة في الاتفاقية الدولية المتعلقة بالقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو)، نلاحظ أنها تلزم الدول بالعمل على القضاء على أي فوارق بين الرجل والمرأة، سواء أكان ذلك في مجال الحياة العامة بما فيها الحقوق: المدنية، والسياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية، أو في مجال التشريع الأسري. ولا تراعي هذه الاتفاقية كغيرها من الكثير من النصوص التي تتضمنها المنظومة القانونية الدولية خصوصيات النظم القانونية الأخرى، بل تقرر أحكاما تتعارض تماما معها، في محاولة منها لتوحيد الاطار القانوني في مجال حقوق المرأة دون مراعاة تلك

الخصوصيات. وهو ما يفسر من جديد مسألة محاولة تعميم قيم منظومة قانونية غربية على قيم منظومات قانونية أخرى.

رئيس التحرير
الدكتور عبد القادر حوبه