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: 02 ـ السنة: 02 شعبان 1437 ـ جوان 2016

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

Review
Doctrinal and Judicial Studies

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

N°: 02 - Vol: 02 Sha'ban 1437 - June 2016

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

العدد الثاني - السنة الثانية: شعبان 1437 هـ/ جوان 2016 م
ISSN 2477-9806
رقم الإيداع القانوني: 2015-6181

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. إبراهيم رحماني
أ.د. محمد رشيد بوغزالة
أ.د. عبد الكريم بوغزالة
د. عبد القادر مهاوات
د. خالد تواتي
د. آمنة سلطاني

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
Ju-ju-st@univ-eloued.dz

قائمة المحتويات

مجلة الدراسات الفقهية والقضائية

العدد الثاني ـ السنة الثانية ـ شعبان 1437هـ / جوان 2016م

الموضوع	رقم الصفحة
▣ افتتاحية العدد: ثوابت الأمة – الإسلام واللغة العربية: الإطار الدستوري والقانوني بقلم رئيس التحرير: الدكتور عبد القادر حوبه	05
▣ التصرفات غير المشروعة في الميراث: المجتمع السوفي المعاصر أنموذجا – بقلم : د. عبد القادر مهاوات (جامعة الوادي- الجزائر)	11
▣ تحقيق المناط في التورق المصرفي المنظم في ضوء مقاصد الشريعة بقلم : بوكة بدادي (جامعة الوادي - الجزائر)	33
▣ مدى تأثير النزعة الموضوعية للفقه الإسلامي على القانون المدني الجزائري "الالتزام التعاقدي نموذجا". بقلم : حمزة بن خدة (جامعة بشار - الجزائر)	55
▣ أحكام الخطبة وآثار العدول عنها بين المفهوم القانوني والاجتهاد القضائي بقلم : د. فاروق خلف (جامعة الوادي - الجزائر)	81
▣ موقف القانون الجنائي الدولي من جريمة الرشوة ومكافحتها دولياً بقلم: د. نبيل مد الله العبيدي و مفيد نايف تركى (جامعة الأنبار - العراق)	103
▣ دور سلطات الضبط الاقتصادي في منح ترخيص لعمليات التجميعات الاقتصادية " – دراسة تحليلية بين القانون الجزائري و الفرنسي– بقلم : سعدية قني (جامعة الوادي – الجزائر)	145
▣ حق المعرفة وتداول المعلومات في التشريع الجزائري بين الحماية والتقييد بقلم : جابر صالح (جامعة الوادي - الجزائر)	165
▣ القسم الإنجليزي والملخصات	191

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 خمس عشرة صفحة إلى ثلاثين صفحة من الحجم A4.
- أن يلتزم الباحث بمعايير البحث العلمي وقواعده مع مراعاة التوثيق الدقيق لمواد البحث.
- أن يرقن بحثه بخط "ترادیسیونال 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 باللغة العربية والإنجليزية في حدود مائة كلمة.
- 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.
- تمتلك المجلة حقوق نشر البحوث المقبولة فيها للنشر، ولا يجوز نشرها لدى جهة أخرى إلا بعد الحصول على ترخيص رسمي من المجلة.
- لا يحقّ للباحث طلب عدم نشر بحثه بعد تحكيمه وقبوله للنشر.
- ما ينشر في المجلة يعبر عن رأي كاتبه، ولا يمثل بالضرورة رأي المجلة.
- يخضع ترتيب الموضوعات بالمجلة لاعتبارات فنية لا ترتبط برتبة الباحث ولا بمكانته العلمية.

افتتاحية العدد الثاني

بقلم: رئيس التحرير
الدكتور عبد القادر حوبه

ثوابت الأمة: الإسلام واللغة العربية
الإطار الدستوري والقانوني

ليس ضروريا أن يتم النص على ثوابت الأمة في المنظومة القانونية للشعوب، ذلك أن هذه الثوابت فوق النص في حد ذاته، وغير قابلة للنقاش حولها بالنص أو عدم النص أو التعديل أو التغيير.

غير أن النظم القانونية الحالية أصبحت تحدد الإطار الثابت للأمة من خلال الدساتير من جهة، والنصوص القانونية العملية من جهة أخرى، تماشيا مع متطلبات الوضع الحالي في إطار دولة القانون، وتماشيا مع العهود والاتفاقيات الدولية التي تنضم إليها الدول وتلتزم بها على الصعيد الداخلي والدولي.

وإذا رجعنا إلى الثوابت التي يرتكز عليها المجتمع الجزائري، فنجدها تتمثل بصفة أساسية في الإسلام واللغة العربية، وهي تمثل المبادئ العامة للمجتمع.

أولا: حماية الدين الإسلامي كثابت من الثوابت الوطنية

إذا كانت أحد أهم ركائز المرجعية الوطنية للدولة الجزائرية تتمثل في ثورة نوفمبر 1954، فإن بيان أول نوفمبر قد نص على إقامة الدولة الجزائرية الديمقراطية الاجتماعية ذات السيادة ضمن إطار المبادئ الإسلامية.

وإذا أردنا أن نبين مكانة الإسلام في المنظومة القانونية للدولة الجزائرية، فإن ذلك يدفعنا إلى التطرق إلى ذلك عبر مستويين: الأول الإطار الدستوري، والثاني الإطار القانوني.

1. الإطار الدستوري:

تنص الماد الثانية من الدستور أن الإسلام دين الدولة.

لقد تعددت مواقف الدساتير العربية من النظر إلى الشريعة الإسلامية، فهناك اتجاهان رئيسيان:

اتجاه يكتفي بالنص على أن الإسلام دين الدولة ومن بينها الدستور الجزائري، وهناك اتجاه آخر نص على أن الإسلام دين الدولة وأضاف عبارة تفيد مكانة الشريعة الإسلامية ضمن المنظومة القانونية للدولة، وضمن هذا الاتجاه الأخير هناك من يعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسيا للتشريع، وهناك من يعتبر المصدر الرئيسي للتشريع.

وفي ظل غياب تفسير واضح للنص الدستوري: " الإسلام دين الدولة "، فإن تفسير هذه العبارة أدى إلى انقسام الفقه الدستوري بشأنها إلى موقفين: رأي ذهب إلى القول بأن عبارة الإسلام دين الدولة لا ترتب أي التزام قانوني على المشرع، حيث تعتبر من قبيل التحية لدين الأغلبية. بينما ذهب اتجاه آخر إلى الاعتماد على مبدأ القياس على ما هو قائم في دول العالم التي تبنت فكرا أو فلسفة محددة كالعلمانية والليبرالية والشيوعية. وتتحكم هذه الأفكار في تصرفات الدولة والنظام العام فيها بشكل كامل.

ولو اعتمدنا على مبدأ القياس لوصلنا إلى نتيجة مفادها أن اعتماد مبدأ الإسلام دين الدولة يفترض أن تكون تصرفات الدولة وجميع مؤسساتها في مختلف نواحي الحياة مصبوغة بصبغة إسلامية.

وما يدعم هذا الرأي أن حول تفسير عبارة الإسلام دين الدولة أن الدين الإسلامي وبإجماع المسلمين لم تقتصر أحكامه على شؤون الدين فقط، وإنما جاء بتنظيم شامل لشؤون الحياة في الجانب العقائدي والتشريعي. وبالتالي فالإسلام يتوافر على شقين: العقيدة والشريعة. ومن ثم فإن النص الدستوري (المادة الثانية) تندرج ضمن القواعد الدستورية الموضوعية الواجب مراعاتها من طرف السلطات الدستورية العامة.

2. الإطار القانوني:

نقصد بالإطار القانوني منظومة التشريع العادي، ويمكن أن نتطرق هنا إلى قانون العقوبات، وقانون ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين في الجزائر.

أ- قانون العقوبات:

ويعتبر الاعتداء على الدين الإسلامي جريمة ضد النظام العمومي، حيث نصت المادة 144 مكرر 2: يعاقب بالحبس من ثلاث سنوات إلى خمس سنوات، وبغرامة من 50.000 دج إلى 200.000 دج أو بإحدى العقوبتين فقط كل من أساء إلى الرسول صلى الله عليه وسلم أو بقية الأنبياء أو استهزأ بالمعلوم من الدين بالضرورة أو بأية شعيرة من شعائر الإسلام سواء عن طريق الكتابة أو الرسم أو التصريح أو أية وسيلة أخرى.

تباشر النيابة العامة إجراءات المتابعة الجزائية تلقائيا.

إن المقصود من المعلوم من الدين بالضرورة ما يشترك العامة والخاصة في معرفته ولا يحتاج العلم به إلى نظر واستدلال. والمشرع الجزائري لم يعرف المقصود من ذلك، ولكن يمكن القول أن المشرع استعمل هذا المصطلح نظرا لوجوده في الفقه الإسلامي.

والأمور المعلومة من الدين بالضرورة إما أن تكون عقائدية، وهي تلك التي أخبرنا الله بها وأوجب علينا تصديقها، وإما أن تكون عملية وهي تلك المتعلقة بأفعال المكلفين.

والمشرع الجزائري جرم الإساءة إلى المعلوم من الدين بالضرورة والاستهزاء به كما جاء في المادة 144 مكرر 2 من قانون العقوبات.

ب- قانون ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين في الجزائر:

من أجل حماية حرية المعتقد وتنظيمه أصدرت الجزائر الأمر 03/06 عام 2006 المؤرخ في 28 فيفري 2006 المتعلق بشروط ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين، حيث أكد هذا الأمر ما جاء في الدستور الجزائري على حماية حرية المعتقد وكفالة حمايته، وجاء في المادة الثانية أن الدولة الجزائرية التي تدين بالإسلام تضمن حرية ممارسة الشعائر الدينية في إطار

احترام أحكام الدستور وأحكام هذا الأمر والقوانين والتنظيمات السارية المفعول واحترام النظام العام والآداب العامة وحقوق الآخرين وحرياتهم الأساسية. كما تضمن الدولة الجزائرية التسامح والاحترام بين مختلف الديانات.

وأقر هذا الأمر شروط ممارسة الشعائر الدينية، حيث يعترف بالجمعيات الدينية لغير المسلمين وتضمن الدولة حمايتها، وتعمل هذه الجمعيات في حدود القانون، حيث يشترط الأمر 03/06 تخصيص بناية لممارسة الشعائر الدينية تخضع لترخيص مسبق من اللحنة الوطنية للشعائر الدينية، والتكفل بالشؤون المتعلقة بها كما تتولى مهمة إبداء رأي مسبق لاعتماد جمعيات ذات طابع ديني.

ومن ثم، فإن ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين تخضع لشروط تتمثل فيما يلي:

1- ضرورة أن تنظم الممارسة الجماعية للشعائر الدينية من قبل جمعيات ذات طابع ديني معتمدة من طرف الدولة.

2- ضرورة أن تمارس هذه الشعائر الدينية في أماكن مخصصة لذلك.

3- تتم التظاهرات الدينية في بنايات وتكون عامة وتخضع للتصريح المسبق.

وأقر الأمر 03/06 مجموعة من الإجراءات والأحكام الجزائية تتعلق بمخالفة هذه الشروط. وتعتبر هذه الأحكام الجزائية نصوصا خاصة بالنسبة لقانون العقوبات.

ثانيا: حماية اللغة العربية كثابت من الثوابت الوطنية

1. الإطار الدستوري:

تنص الماد الثالثة من الدستور أن اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرسمية.

تظل اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرسمية (تعديل 2016)

2. الإطار القانوني:

لقد صدر قانون تعميم استعمال اللغة العربية 05/91 عام 1991 وجمد بالمرسوم

التشريعي الصادر عن المجلس الأعلى للدولة عام 1992 الذي يتعلق بتطبيق القانون 05/91.

في عام 1996 ألغي المرسوم التشريعي بموجب الأمر 30/96 الصادر في 21 ديسمبر 1996 الذي يعدل ويتمم القانون 05/91 الصادر في 16 يناير 1991 المتضمن تعميم استعمال اللغة العربية.

ويشتمل هذا القانون على أربعة فصول: أحكام عامة، مجالات التطبيق، هيئات التنفيذ والمتابعة والدعم، وأخيرا أحكام جزائية.

بموجب الأمر 30/96 تم تعديل بعض النصوص من قانون سنة 1991 مثل: المادة 11 التي كانت تؤكد على استعمال اللغة العربية وحدها، وتم تعديل ذلك بموجب الأمر 30/96 الذي استثنى مسألة تعامل الإدارات والهيئات والجمعيات مع الخارج وفقا لما يتطلبه التعامل الدولي.

كما تم تعديل المادة 12 من القانون 05/91 التي كانت تؤكد على إبرام المعاهدات والاتفاقيات باللغة العربية، لتنص على إبرام المعاهدات والاتفاقيات باللغة العربية مع مراعاة ما يتطلبه التعامل الدولي.

فيما يتعلق بالرقابة على تنفيذ قانون تعميم استعمال اللغة العربية، فقد تم بموجب هذا القانون تأسيس المجلس الأعلى للغة العربية الذي هيئة دستورية تابعة لرئاسة الجمهورية، وهي هيئة تنفيذ ومتابعة، نص عليها الأمر 30/96 وما جاء به هذا الأمر هو النص بوضوح على تسمية هذه الهيئة وجعلها تابعة لرئاسة الجمهورية بدل رئاسة الحكومة كما نص على ذلك القانون 05/91. وتتمثل مهامها فيما يلي:

- متابعة تطبيق قانون تعميم استعمال اللغة العربية وحمايتها وترقيتها وتطويرها. والتنسيق بين مختلف الهيئات في سبيل تحقيق ذلك. وتقييم عملها.

- تقديم تقرير سنوي لرئيس الجمهورية يتعلق بعملية بتعميم استعمال اللغة العربية.

وإذا كان القانون 05/91 قد نص على استكمال تطبيق القانون في 5 جويلية 1992، فإن

الأمر 30/96 المعدل للقانون 05/91 قد نص على استكمال عملية تعميم استعمال اللغة العربية في أجل أقصاه 5 جويلية 1998.

ولما كانت اللغة العربية ثابتا من الثوابت الوطنية، فإن قانون تعميم استعمال اللغة العربية جاء بأحكام جزائية.

رئيس التحرير

الدكتور عبد القادر حوبه