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
مجلد: 04 ـ عدد: 01 ـ رمضان 1439 هـ / جوان 2018 م

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 Of Doctrinal and Judicial Studies

Refereed academic biannual issued
by the Laboratory of doctrinal and Judicial Studies
University of El oued / Algeria
Vol. 4, N°.1 – Ramadan 1439 – June 2018

سامي للطباعة والنشر والتوزيع

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 الرابع - العدد الأول: رمضان 1439 هـ/ جوان 2018 م

(ISSN 2477-9806) ـ (EISSN 2588-2481) ـ رقم الإيداع القانوني: 2015-6181

الرئيس الشرفي
أ.د عمر فرحاتي (جامعة الوادي – الجزائر)

مدير المجلة
أ.د. أبو بكر لشهب (جامعة الوادي – الجزائر)

رئيس التحرير
د. عبد القادر حوبه (جامعة الوادي – الجزائر)

نائب رئيس التحرير
د. حياة عبيد (جامعة الوادي – الجزائر)

هيئة التحرير
أ.د. حسن عبد الغني أبو غدة (جامعة صباح الدين زعيم إسطنبول – تركيا)
أ.د. عمار بوضياف (جامعة تبسة – الجزائر)
أ.د. إبراهيم رحماني (جامعة الوادي – الجزائر)
أ.د. سليمان ولد خسال (جامعة المدية – الجزائر)
أ.د. عواشرية رقية (جامعة باتنة – الجزائر)
أ.د. عبد الحق حميش (جامعة حمد بن خليفة – قطر)
أ.د. محمد رشيد بوغزالة (جامعة الوادي – الجزائر)
د. محمد محمد سادات (جامعة الشارقة – الإمارات العربية المتحدة)
د. عبد القادر مهاوات (جامعة الوادي – الجزائر)

صفحة المجلة بالبوابة الجزائرية للمجلات العلمية: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/106

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. رقية عواشرية (جامعة باتنة)
أ.د. فريدة مزياني (جامعة باتنة)
أ.د. مبروك غضبان (جامعة باتنة)
أ.د. محمد الناصر بوغزالة (جامعة الوادي)
أ.د. محمد سنيني (جامعة البليدة)
أ.د. مقلاتي صحراوي (جامعة باتنة)

(ب) من خارج الوطن:

أ.د. حسن عبد الغني أبو غدة (صباح الدين زعيم إسطنبول - تركيا)
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

المجلد الثالث - العدد الثاني - ربيع الثاني 1438هـ / ديسمبر 2017م

الموضوع	رقم الصفحة
▣ **افتتاحية العدد:** مكانة الدساتير كضمانة لحماية الحقوق والحريات **بقلم رئيس التحرير: الدكتور عبد القادر حوبه**	05
▣ موافقة نصوص الشريعة للقياس الصحيح من خلال فقه آية: "اللَّهُ الَّذِي أَنزَلَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ وَالْمِيزَانَ" **بقلم : د. خالد تواتي (جامعة الوادي - الجزائر)**	09
▣ مرتكزات الأمن القضائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي **بقلم : عبد العالي قزي (جامعة الوادي - الجزائر)** **أ.د. إبراهيم رحماني (جامعة الوادي - الجزائر)**	45
▣ مقومات الأمن القضائي **بقلم : أ. محمد بجاق (جامعة الوادي - الجزائر)**	67
▣ أهلية المفتي في الإفتاء المعاصر **بقلم : كلثوم بدة زكري (جامعة الوادي - الجزائر)** **د. حياة عبيد (جامعة الوادي - الجزائر)**	93
▣ المبادئ الدستورية التي يقوم عليها القضاء الجزائي في توفير الأمن القضائي حسب ما جاء في التعديل الدستوري لسنة 2016 والصادر بالقانون 16-01. **بقلم : أ. محمد السعيد تركي (جامعة الوادي - الجزائر)** **أ. كمال صمامة (جامعة الوادي - الجزائر)**	129
▣ التعسف في استعمال حق الحضانة فقها و قانونا **بقلم : أ. فاطمة حداد (جامعة تبسة - الجزائر)**	157

قواعد النشر في المجلة

- ـ أن لا يكون البحث منشورا أو مقدما للنشر في مجلة أخرى.
- ـ أن لا يكون البحث مستلا من رسالة جامعية أو من كتاب سبق نشره.
- ـ أن يكون البحث في نطاق اختصاص المجلة (علوم الفقه والقضاء والشريعة والقانون) وأن يتسم بالجدة والإضافة.
- ـ أن يتراوح عدد صفحات البحوث من خمس عشرة صفحة إلى ثلاثين صفحة من الحجم A4.
- ـ أن يلتزم الباحث بمعايير البحث العلمي وقواعده مع مراعاة التوثيق الدقيق لمواد البحث.
- ـ 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، ووفق النموذج المبين في صفحة المجلة في البوابة الجزائرية للمجلات العلمية.
- ـ يرفق البحث بملخص باللغة العربية والإنجليزية في حدود مائة كلمة.
- ـ يرسل البحث عبر البوابة الجزائرية للمجلات العلمية.
- ـ 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.
- ـ يرفق البحث في الصفحات الأولى منه بالسيرة الذاتية للكاتب متضمنة درجته العلمية ووظيفته وعنوانه الكامل (المهني ـ الشخصي) البريدي والإلكتروني ورقم الهاتف، بالإضافة إلى ملء استمارة حقوق الطبع والنشر المدرجة في صفحة المجلة عبر البوابة الجزائرية للمجلات العلمية.
- ـ تُعرض البحوث على لجنة فحص أولي للنظر في مدى استيفائها لشروط النشر، ثم توجه إلى التحكيم المتخصص بشكل سري.
- ـ 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.
- ـ 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.

افتتاحية العدد

بقلم: رئيس التحرير
الدكتور عبد القادر حوبه

مكانة الدساتير كضمانة لحماية الحقوق والحريات

تمثل الدساتير في وقتنا الحالي التشريع الأساسي الذي يعلو هرم النظام القانوني في الدول الحديثة، وتتمتع هذه الدساتير بأهمية كبيرة ضمن المنظومة القانونية للدول. فهي تتضمن ذلك الإطار العام الذي تسير وفقه بقية النصوص القانونية في مختلف المجالات، كما يبسن مهام السلطات في الدولة.

ومن المتعارف عليه أن الإسلام قد جاء بقواعد شاملة في مجال حقوق الإنسان وحمايتها، إلا أن المجتمعات القديمة قبل ظهور الإسلام ظهرت فيها بعض القواعد القانونية التي دعمها الإسلام فيما بعد، وقدم حقوقا أخرى تضمنتها نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

ولم تعرف المجتمعات الأوروبية حقوق الإنسان إلا في وقت قريب، حيث صدر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948 الذي لم يكن في حقيقة الأمر عالميا في كل جوانبه، بل عبر في كثير من نصوصه على أفكار غربية.

وفي عام 1966 جاء العدان الدوليان ليدعمان منظومة حقوق الإنسان الدولية، حيث تعلق الأول بالحقوق المدنية والسياسية، والثاني بالحقوق الاقتصادية

والاجتماعية والثقافية، بالنظر إلى أن الإعلان العالمي لم يتميز بطابع الإلزام القانوني، حيث كان مجرد إعلان لا يتمتع بالصفة الإلزامية.

فإذا تحدثنا عن حقوق الإنسان قبل مجيء الإسلام، فقد شهد النبي ﷺ حلفا سمي بحلف الفضول في دار عبد الله بن جدعان، وهو أشرف حلف عند العرب. وتضمن هذا الحلف أن لا يجدوا بمكة مظلوما من أهلها وغيرهم ممن دخلها إلا نصروه وقاموا معه حتى ترد مظلمته. وقد قال عنه رسول الله ﷺ: " لقد شهدت في دار عبد الله بن جدعان حلفا ما أحب أن لي به حمر النعم، ولو أدعى به في الإسلام لأجبت". وقال رسول الله ﷺ: " وأيما حلف في الجاهلية لم يزده الإسلام إلا شدة ".

كما أن الإسلام عرف دستورا راقيا مازالت لم تصله الدساتير الحديثة والمعاصرة، فقد عرف الإسلام ما سمي بـ " دستور المدينة " وأطلق عليه أيضا اسم " الصحيفة أو الكتاب "، فهو دستور بين المسلمين والمؤمنين ومن تبعهم وبين غيرهم من أهل المدينة الذين دخلوا في رعاية الدولة الإسلامية الجديدة مع احتفاظهم بمعتقداتهم.

وكان هذا الدستور بعد هجرة النبي ﷺ إلى المدينة المنورة، فإذا كانت الدساتير الحديثة والمعاصرة تنظم وتنص على طبيعة نظام الحكم في الدولة واختصاصات السلطات الثلاث وحقوق الأفراد وحرياتهم، فإن دستور المدينة يعتبر مفخرة للحضارة العربية والإسلامية، فقد عني بتنظيم العلاقة بين جميع الطوائف والجماعات الموجودة في المدينة. وبمقتضى هذا الدستور يلتزم الجميع للدفاع عن هذه الدولة، وصارت الشريعة الإسلامية هي المرجعية لهذه الدولة، كما أن كل الحقوق مكفولة ومصونه للجميع كحق الاعتقاد والمساواة والعدالة ....

1- تعتبر هذه الوثيقة التي كتبت بين المسلمين وغيرهم بعد هجرة النبي ص إلى المدينة بمثابة دستور، وتضمنت ما تعالجه الدساتير الحديثة من خطوط كلية لنظام الحكم في الدولة وعلاقاتهم في الداخل والخارج.

2- هذه الوثيقة ما هي إلا جزء من الأحكام الشرعية التي جاء بها القرآن

الكريم، ومن ثم فإن هذه الوثيقة ما هي إلا إسقاط لنصوص القرآن الكريم على أرض الواقع.

3- هذه الوثيقة تثبت أن الإسلام هو عقيدة وشريعة، وليس دينا يحكم علاقة العبد بربه فقط، بل هو شريعة تحكم مقومات الدولة الدستورية القانونية.

4- إن هذه الوثيقة الدستورية تدل على حسن معاملة الإسلام لغيرهم.

5- إن الذي يجمع المسلمين هو الإسلام وحده، وهو الذي يجعلهم أمة واحدة وهو ما تضمنته الوثيقة: " المسلمون من قريش ويثرب ومن تبعهم فلحق بهم وجاهد معهم ".

6- إن هذه الوثيقة هي عبارة عن منهاج ينبغي أن تسير وفقه كل دساتير العالم الإسلامي.

أما في مجال حقوق الإنسان في المجتمع الأوروبي والغربي فلم تظهر إلا في وثيقة " الماجناكرتا " التي صدرت عام 1215م من أجل تسجيل حقوق شعب أنجلترا قبل الملك " جون ". وكذلك وثيقة الاستقلال الأمريكي عام 1776 التي تمت صياغتها من طرف الرئيس " جيفرسون ". وقد تأثر فيها بآراء فلاسفة أوروبيين أمثال " جون جاك روسو ". ومما تضمنته تلك الوثيقة " أننا نعتقد أن الناس خلقوا متساوين، وقد منحهم خالقهم حق الحياة والحرية والسعي نحو السعادة ".

بالإضافة إلى ذلك، فقد صدرت وثيقة حقوق الإنسان بعد الثورة الفرنسية عام 1789 التي أكدت حق الناس جميعا في المساواة، وأصبحت كوثيقة تاريخية تم تدويلها فيما بعد ودخل مضمونها في ميثاق عصبة الأمم المتحدة عام 1920، وكذلك ميثاق الأمم المتحدة عام 1945، وكذلك في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948.

وقد تطور الحال في المجتمع الدولي ليصل إلى إعلان حقوق الإنسان عام 1948،

وقد جاء هذا الإعلان ليقر بوجود تطور على مستوى حقوق الإنسان، وإن كان هذا الإعلان يعبر في كثير من نصوصه عن وجهة نظر غربية. ومن ثم، فإن اتصافه بالعالمية يطرح إشكالات كبيرة، خاصة ما تضمنه الإعلان من اعتداء على خصوصية بعض الثقافات الأخرى.

كما حدث تطور كبير على صعيد المجتمع الدولي عند إقرار اتفاقيات جنيف الأربعة المتعلقة بالقانون الإنساني المبرمة عام 1949. لتتوالى بعدها إبرام اتفاقيات كثيرة تتعلق بحماية حقوق الإنسان سواء في زمن السلم أو زمن النزاع المسلح.

بالإضافة إلى ذلك، فإنه لما كانت المنظومة القانونية الدولية لحقوق الإنسان معبرة في كثير من جوانبها عن ثوابت ثقافية أوروبية، فإن العالم الإسلامي بادر إلى جملة من الأعمال تبين موقف الإسلام من مسألة حقوق الإنسان، ونتج عن ذلك أن وضعت مجموعة من النصوص واللوائح تمثلت في إعلان حقوق الإنسان وواجباته في الإسلام الصادر عن رابطة العالم الإسلامي عام 1979، والبيان العالمي الصادر عن المجلس الإسلامي الأوروبي في لندن عام 1980، والبيان العالمي لحقوق الإنسان في الإسلام الصادر عن المجلس نفسه عام 1981، ومشروع وثيقة حقوق الإنسان في الإسلام الذي قدم إلى مؤتمر القمة لمنظمة المؤتمر الإسلامي في الطائف عام 1989، ومشروع حقوق الإنسان في الإسلام الذي قدم إلى المؤتمر الخامس لحقوق الإنسان في طهران عام 1989.

وفي الوقت الحالي، تنص دساتير العالم على حماية الحقوق والحريات. ونص الدستور الجزائري على ذلك في المواد من المواد 29 إلى 59.

رئيس التحرير

الدكتور عبد القادر حوبه

abdelkader-houba@univ-eloued.dz