مفهوم المخالفة وتطبيقاته في تفسير أحكام الزواج والطلاق قبل الدخول

The concept of contravention and its applications in interpreting marriage and divorce rules before consumption

محمدي خديجة
باحثة دكتوراه في قانون الأسرة
عضوة في مخبر قانون الأسرة
كلية الحقوق جامعة الجزائر1
didamohammedi@gmail.com

لونيسى محمد صالح
دكتور في قانون الأسرة
عضو في مخبر قانون الأسرة
كلية الحقوق جامعة الجزائر 1:
lounicisaleh@gmail.com

تاريخ الإرسال:2020/11/15تاريخ القبول:2021/06/02تاريخ النشر:.....

الملخص:

إن الأصل في مفهوم المخالفة أنه من الدلالات اللفظية المتعلقة بمفهوم النص الذي أسهب علماء الأصول في تفصيل أحكامه وضبط الاستدلال به في استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية، وفي الوقت نفسه يعتبر هذا المفهوم من الوسائل التفسيرية المعتمدة والمعتبرة في فقه القانون بالإجماع التي استعارها فقهاء القانون بكل أحكامها وجزئياتها من علم الأصول واعتبروها أصلا من أصول القانون.

على هذا الأساس يعتبر مفهوم المخالفة من بين أهم الآليات انسجاما وتفعيلا في تفسير وفهم نصوص قانون الأسرة المتعلقة بأحكام الزواج والطلاق قبل الدخول.

الكلمات المفتاحية:

مفهوم المخالفة – الزواج قبل الدخول – الطلاق قبل الدخول – الأحكام التشريعية – الاستدلال.

Abstract : The origin of the concept of contemplation is that it is one of the verbal connotations related to the concept of the text that sholars of origins elaborated in detailing its rules and controlling the inference in deducing sharia rules from their detailed evidence ,and at the same time this concept is considered one of the approved and interpretive means in the jurisprudence of law by consensus that the jurists borrowed all its rules and parts from the science of origins , and they considered them a source of law.

On this basis, the concept of contravention is considered among yhe most important mechanisms in harmony and understanding family law texts related to the provisions of marriage and divorce before entry or consummation.

Keywords: - the concept of contravention – marriage before consummation - divorce before consummation - legislative provisions - infrence .

المؤلف المرسل: محمدي خديجة

مقدمة:

إن الاعتبار بما جاء في نصوص قانون الأسرة الجزائري لا يتوقف على تلك النصوص المنطوق بها، وإنما يجب الأخذ بعين الاعتبار في الاستدلال على الأحكام التشريعية بكل ما يتضمنه النص القانوني من إيحاءات وإشارات وعلل ومفاهيم يمكن على ضوئها الوصول إلى استدلالات منطقية صحيحة. وذلك إعمالا لنص المادة الأولى الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري التي بموجبها اعتبر المشرع أن القانون تسري أحكامه على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها؛ بمعنى أن المشرع أعطى الاعتبار لما يثبت من الأحكام في نصوص القانون من حيث منطوقها ومفهومها على حد سواء.

وبالتالي فإن السكوت التشريعي على بعض أحكام الزواج وانحلاله قبل الدخول في قانون الأسرة لا يعني دائما قصور هذا القانون وشغوره طالما المراد منه ليس السكوت القطعي المجرد، بل ذلك السكوت الذي تصحبه قرائن ومختلف العلل والإيحاءات الدالة على حكمه، ومن ثم فإن المقتضيات التشريعية تستلزم

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

عدم الرجوع إلى أحكام الشريعة إعمالا لنص المادة 222 ق.أ فور ملاحظة سكوت المشرع عن حكم ما في أحكام الزواج وانحلاله قبل الدخول، لأنه لا تزال إمكانية استظهار الأحكام التشريعية المخفية والتي عادة ماتكون ملائمة للأحكام الشرعية طالما أن النصوص القانونية التي دلت عليها وتضمنت معانيها في فحواها هي نصوص مستلهمة من الأحكام الشرعية الواردة في كتب الفقه الإسلامي.

وعلى هذا الأساس فإن أكثر الآليات انسجاما وتفعيلا في تفسير وفهم النصوص القانونية المتعلقة بأحكام الزواج والطلاق قبل الدخول نجد آلية مفهوم المخالفة، ولهذا يمكن طرح سؤال قوامه **مامدى فعالية مفهوم المخالفة كآلية من آليات الفهم والاستنباط في إثبات واستظهار الأحكام التشريعية المتعلقة بالزواج والطلاق قبل الدخول؟ وبعبارة أخرى ما هي أهمية الاستدلال بمفهوم المخالفة في إثبات أحكام الزواج والطلاق قبل الدخول والأثر المترتب عن ذلك؟**

في إطار المعالجة المنهجية للإشكالية المطروحة أعلاه وعلى ضوء الطبيعة الأصولية والقانونية للموضوع يتضح أنه لا سبيل قد يسلك في هذا النحو إلا إذا تم التطرق بشيء من التفصيل لبعض الأحكام الضرورية الخاصة بمفهوم المخالفة ومدى ارتباطه بالأساليب الاستدلالية المعتمدة في تفسير النصوص القانونية لاسيما أحكام الزواج والطلاق قبل البناء(**المبحث الأول**) ليصل المقام بعد ذلك إلى تناول أثر هذا النوع من الاستدلال على أحكام الزواج والطلاق قبل الدخول(**المبحث الثاني**).

المبحث الأول: حقيقة مفهوم المخالفة كآلية لتفسير أحكام الزواج والطلاق قبل الدخول

إن الألفاظ المنطوق بها في النصوص القانونية قد تتضمن قرائن وبعض الإيحاءات النصية الدالة على ثبوت بعض الأحكام التشريعية الأخرى المسكوت عنها عند إمكانية إثبات نقيضها، وهو ما يُعرف عند الأصوليين والقانونيين بمفهوم المخالفة. وعلى هذا الأساس فإن مفهوم المخالفة يعتبر وسيلة يمكن على ضوئها وبناءً عليها تفسير النصوص القانونية لتكون سندا في الاستدلال وثبوت الأحكام التشريعية المسكوت عنها.

من هذا المنطلق الذي يظهر من خلاله مدى أهمية مفهوم المخالفة في تفسير النصوص التشريعية، يمكن التطرق لماهية مفهوم المخالفة كأصل من أصول القانون الذي فُصلت أحكامه في علم الأصول ولم تفتقده الكتب والمراجع القانونية التي بحثت في نظرية تفسير النصوص القانونية أو تلك التي تناولت طرق التفسير في إطار البحث حول نظرية القانون بشكل عام (**المطلب الأول**) ثم تحديد الضوابط الأصولية والقانونية الضابطة للعملية الاستدلالية لهذا المفهوم المخالف(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: ماهية مفهوم المخالفة وتطبيقاته على أحكام الزواج وانحلاله قبل الدخول

إن مفهوم المخالفة له أسس يقوم عليها وتعريف يحدده وشروط تضبطه ويصح من خلالها الاستدلال به وفلسفته الخاصة بدلالته على الأحكام التشريعية، وكل ذلك يشكل في مجمله الماهية المكونة لهذا المفهوم المخالف، والتي يمكن التطرق إليها من خلال البحث في المعنى المراد بمفهوم المخالفة (**الفرع الأول**) وتحديد أساس الاستدلال بمفهوم المخالفة على ثبوت أحكام الزواج والطلاق قبل الدخول (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: المعنى المراد بمفهوم المخالفة بين علم الأصول وفقه القانون

لتحديد المعنى المقصود بمفهوم المخالفة يجب التطرق إلى تعريفه اللغوي(**أولا**) وتعريفه الاصطلاحي(**ثانيا**).

أولا- تعريف مفهوم المخالفة لغةً

مفهوم المخالفة اسم مركب من اسمين هما: المفهوم والمخالفة ولذلك فتعريفه لغة يقتضي تعريف جزئيه.

فالمفهوم في اللغة اسم مفعول مشتق من الفعل الثلاثي فَهِمَ، فيُقال: فَهِمْتُهُ بمعنى عَلِمْتُهُ وأَدْرَكْتُهُ ولَحِنْتُهُ، وللإشارة أن **العلم** عند علماء اللغة يعني مطلق الإدراك، على خلاف **الفهم** الذي يعتبر سرعة انتقال النفس من الأمور الخارجية إلى غيرها، فهو إذن تصور المعنى من اللفظ،[1]، ولذلك قيل في تعريف المفهوم لغة أنه: " ما يُدرك من الكلام ويُستفاد من اللفظ "[2].

1- يُنظر: - الفيومي أحمد، المصباح المنير،الط 01،مكتبة لبنان، لبنان، 1987م،ص 184. – الفيروزآبادي مجد الدين محمد، القاموس المحيط،تح: مكتب تحقيق التراث الإسلامي في مؤسسة الرسالة،الط 08، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1426ه/ 2005م، ص 1146. – الزبيدي محمد مرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، تح: مصطفى حجازي،الط 08،مطبعة حكومة الكويت، الكويت، 1397ه/ 1977م، الج 33، ص 224.

2- النملة عبد الكريم، المهذب في علم الأصول الشامل في حدود وتعريفات مصطلحات علم أصول الفقه،الط 08، مكتبة الرشد، المملكة العربية السعودية، الط 01، 1430ه/ 2004م، الم 04، ص 1939.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما المخالفة عند أهل اللغة فهو اسم مفعول من الفعل خَالَفَ يُخَالِفُ خِلَافًا وله معانٍ متعددة تدل في مجملها على معنى التضاد والتعارض والمغايرة وعدم التوافق، فيُقال: خَالَفَ عن الأمر؛ أي خرج عنه، وخالفه إلى الأمر إذا قصده بعدما نهاه عنه، ويُقال: خالف الشيءَ إذا ضاده وغايره، وخالف بين الشيئين بمعنى جعل الواحد ضد الآخر، لذلك إذا قيل في اللغة خالف الشيءُ الشيءَ فإنه يعني غايره وباينه وهو عكس وافقه[1].

إن بالجمع بين المعنى اللغوي للمفهوم والمعنى اللغوي للمخالفة يصبح **مفهوم المخالفة** كاسم مفرد في اللغة يُقصد به: " المعنى المغاير والمعارض لما يُستفاد من لفظ الكلام ".

ثانيا- تعريف مفهوم المخالفة اصطلاحا

اتفق جمهور الأصوليين من المالكية والشافعية والحنابلة وإن اختلفت عباراتهم وطرق صياغتهم في ذلك على أن مفهوم المخالفة هو إثبات حكم مسكوت عنه بصورة مخالفة ومعاكسة للحكم المنطوق به.

فعرفه المالكية على أنه: " إثبات نقيض الحكم المنطوق به للمسكوت عنه "[2]. وعرفه الشافعية بقولهم: " هو الذي دل اللفظ من جهة المعنى على أن حكم المسكوت عنه مخالف للمنطوق "[3]. أما الحنابلة فقد عرفوه بأنه:" الاستدلال بتخصيص الشيء بالذكر على نفي الحكم عما عداه "[4].

بناءً على هذه التعاريف فقد ذهب المتأخرون من الأصوليين في محاولة إلى إعادة صياغة تعريف لمفهوم المخالفة يكون أكثر دقة وانسجاما مع أهم الشروط الضابطة لعملية الاستدلال به، فذكروا أن المفهوم المخالف هو" دلالة اللفظ على ثبوت نقيض حكم المنطوق لغير المنطوق لانتفاء قيد معتبر في تشريعه"[5].

إن مفهوم المخالفة اشتهر عند الأصوليين بهذه التسمية لأن المفهوم منه يخالف حكم المنطوق به ويُطلق عليه علاوة على ذلك تسميات أخرى متعددة منها **دليل الخطاب**[6]، **وتخصيص الشيء بالذكر**[7].

كل هذه المصطلحات تُؤدي معنى واحد لمفهوم المخالفة، وهو كما تقدم دلالة اللفظ على إثبات نقيض الحكم المنطوق به للمسكوت عنه عند انتفاء قيد من القيود المعتبرة في تشريعه، فإذا كان النص يدل بعبارته المنطوق بها على حكم في واقعة مقيدة بقيد ووجدت واقعة أخرى تماثلها ولكن ينتفي فيها ذلك القيد، فإن الحكم الثابت للواقعة المنصوص عليها يثبت نقيضه أو ما يخالفه للواقعة الأخرى المسكوت عنها[8].

إن مفهوم المخالفة في الفقه القانوني على غرار علم الأصول يعتبر وسيلة من وسائل الاستدلال ويعني إعطاء حالة أو واقعة غير منصوص على حكمها عكس حكم حالة أو واقعة أخرى منصوص على حكمها، فالنص القانوني إذن عند فقهاء القانون يدل بمنطوقه على الحكم المنصوص عليه ويدل بمفهومه المخالف على عكس ذلك الحكم أو نقيضه[9]. وبهذا المعنى يكون مفهوم المخالفة عند القانونيين موافقا تماما لما تقدم من تعاريف عند الأصوليين، وهو دليل على مدى التأثر الحاصل بين أصول القانون وعلم الأصول.

1- يُنظر: - عمر مختار أحمد، معجم اللغة العربية المعاصرة، الط 01، دار علم الكتب، مصر، 1469ه/2008م، المجلد 02، ص 694. – إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة، الط 01، ص 296.

2- ابن جزي أبو القاسم محمد، تح: أبي عبد المعز فركوس محمد علي،الط 03، دار الموقع ودار العواصم، الجزائر، 1434ه/ 2013م، ص 107.

3- الأرموي صفي الدين محمد، الفائق في أصول الفقه، تح: محمود نصار، الط 01، دار الكتب العلمية، لبنان، 1426ه/ 2005م الج 02، ص 22.

4- النملة عبد الكريم، إتحاف ذوي البصائر بشرح روضة الناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل، الط01، دار العاصمة، المملكة العربية السعودية، 1417ه/ 1996م، الم 06، ص 404.

5- يُنظر: - الدريني فتحي، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي،الط 02، الشركة المتحدة للتوزيع، سوريا، 1405ه/ 1985م، ص 403. – الزحيليمحمد مصطفى، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي،الط 02، دار الخير للنشر والتوزيع، سوريا، 1427ه/ 2006م، الج 02، ص 154.

6- النملة عبد الكريم، المهذب في علم أصول الفقه، المجلد 06، ص 404، 405.

7- المقدسي عبد الغني الحسن، التذكرة في أصول الفقه،الط 01، المكتبة العصرية، لبنان، 1432ه/ 2011م، ص 80.

8- لونيسي محمد صالح، دور قاضي شؤون الأسرة في تأسيس الأحكام القضائية، أطروحة دكتوراه تخصص قانون الأسرة، جامعة الجزائر 01 بن يوسف بن خدة – كلية الحقوق -، السنة الجامعية 2019 – 2020م، ص 230.

9- يُنظر:– أبو السعود محمد رمضان ومنصور محمد حسين، المدخل إلى القانون، الط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003م، ص 243. – عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، الط 01، دار الخلدونية، الجزائر، ص 802.– تومي آكلي، مناهج البحث وتفسير النصوص في القانون الوضعي والتشريع الإسلامي، الط 01، برتي للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 204.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فمثلا تقييد المشرع لجِرمة الزواج من فروع الزوجة بقيد الدخول بها طبقا لنص المادة 26 ف 02 ق.أ فيه مفهوم مخالفة، لأنه يثبت في نقيض هذا الحكم أنه لا يحرم الزواج بفروع الزوجة غير المدخول بها؛ أي مجرد العقد على الزوجة دون البناء بها لا يُرتب الجِرمة على فروعها.

بناء على ما تقدم يتضح أن مفهوم المخالفة له عناصر خمسة[1]وهي على ضوء المثال المتقدم كما يلي:

- **الواقعة المنصوص عليها**، وهي في المثال المذكور تتمثل في الزواج بأحد فروع الزوجة المدخول بها.
- **حكم هذه الواقعة** هو الجِرمة.
- **القيد الوارد عليها**هو الدخول بالزوجة.
- **الواقعة غير المنصوص عليها وغير المقيدة بالقيد**، هي الزواج بأحد فروع الزوجة غير المدخول بها.
- **حكم هذه الواقعة المسكوت عنها المناقض للحكم المنطوق لانتفاء القيد**، وهو الجواز.

الفرع الثاني: أساس الاستدلال بمفهوم المخالفة على ثبوت أحكام الزواج والطلاق قبل الدخول

إن النصوص التشريعية عادة ما تقيد عباراتها وجملها بقيود متعددة ومختلفة من شأنها إفادة عدة معانٍ يتضمنها النص التشريعي الواردة فيه، فمثلا قد يرد القيد لمجرد الربط بين العبارات والجمل، وقد يرد تأكيداً لأمرٍ ما... كما قد يرد بمثابة ضابط يضبط تطبيق الحكم المنطوق به الذي يدل عليه النص بألفاظه في نطاق محدد، فإذا تحقق ورُوعي ذلك الضابط يُطبق الحكم كما ورد، أما إذا تخلف فإن الحكم الواجب التطبيق هو نقيض المنطوق[2]، ولذلك يعتبر التقييد الوارد في الحكم المنطوق به هو الأساس الذي يقوم عليه الاستدلال بمفهوم المخالفة بما يحمله من منطق لغوي ومنطق تشريعي. وبالتالي فإن البحث حول الأصول التي يقوم عليها هذا التقييد يستدعي التطرق للمنطق اللغوي **(أولا)** والمنطق التشريعي **(ثانيا).**

أولا- المنطق اللغوي للقيود التشريعية كأساس للاستدلال بمفهوم المخالفة

إن مفهوم المخالفة عموما يعتبر من جملة دلالات الألفاظ، والحاكم في دلالات الألفاظ هو اللغة وما تُمليه هو المقدم، ولذلك أرجع الكثير من الأصوليين وعلى غرارهم فقهاء القانون إثبات نقيض الحكم المنطوق به على أساس القيد الذي قيد به هذا الحكم المنطوق إلى ما يفرضه **المنطق اللغوي** وما عهده اللسان العربي من عرف الكلام معتبرين إياه أصلا من أصول الاستدلال بمفهوم المخالفة؛ لأن هذا الأخير استدلالا يكاد ألا ينفك محتواه من مظاهر اللغة وأساليبها المعهودة عند العرب على اختلاف لسانهم[3].

تعزيزا لهذا الطرح ذكر العديد من الأصوليين استدلالاتهم على مدى ارتباط التقييد التشريعي بمنطق اللغة، وهذا أبو المظفر السمعاني في معرض احتجاجه بهذا المفهوم المخالف ومجيبا على منكريه ذكر أنه:" أمر متعارف من كلام العرب، وشيء معقول من لسانهم، ومعلوم في مذاهبهم .... فمن كمل معرفته من الناس بلسانها واستدرك مرادهم بكلامهم فَهِمَ ما ذكرنا من لغتهم وعرفه من لسانهم"[4]. وكذلك أبو الخطاب فقد أفاض في الاستناد إلى منطق اللغة وعرف الكلام العربي فيما يخص الاحتجاج على الاستدلال بمفهوم المخالفة في مختلف أنواعه، ومن بين ما ذَكر قوله: " إنا نثبت ذلك باستقراء كلامهم (أي العرب) ومعرفة مذاهبهم ..." [5].

إضافةً على ذلك فقد استدل الأصوليون أيضا على **قوة المنطق اللغوي في التقييد التشريعي** كأساس للاحتجاج بمفهوم المخالفة في فروع فقهية متعددة منقولة عن فهم العرب وعلى رأسهم فقهاء الصحابة وهم أهل الفصاحة والبلاغة بلا خلاف.

فمثلا ذُكر أن عبد الله ابن عباس رضي الله عنه احتج على الصحابة في ميراث الأخت مع البنت بقوله تعالى﴿... إِنِ ٱمرُؤٌاْ هَلَكَ لَيسَ لَهُ وَلَد وَلَهُ أُخت فَلَهَا نِصفُ مَاتَرَكَ﴾[6] فأثبت للأخت بمنطوق هذا

1- الدريني فتحي، المرجع السابق، ص 403.
2- الزلمي مصطفى إبراهيم، أصول الفقه في نسيجه الجديد،الط 10، شركة الخنساء للطباعة، العراق، 2002م، ص 422.
3- السنوسي أحمد الطيب، الاستقراء وأثره في القواعد الأصولية والفقهية، دار التدمرية، المملكة العربية السعودية، 1430ه/ 2009م، ص 545.
4- السمعاني أبو المظفر منصور بن محمد، قواطع الأدلة، تح: عبد الله بن حافظ الحكمي، مكتبة التوبة، الط 01، المملكة العربية السعودية، 1419ه/ 1998م، الج 02، ص 23.
5- الكلوذاني أبو الخطاب محفوظ بن أحمد، التمهيد في أصول الفقه، تح: مفيد محمد أبو عمشة، الط 01، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي، المملكة العربية السعودية،الج 02، ص 215.
6- سورة النساء، الآية 176.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

النص الميراث مع عدم الولد، وعليه دل بمفهوم المخالفة على أن الأخت مع الولد لا ترث، مفسرا أن لفظ الولد يُراد به الابن الذكر وكذا قوله: ﴿ فَلَهَا نِصفُ مَاتَرَكَ ﴾ أفاد أنها لا تُزاد على ذلك بمفهوم المخالفة أيضا، وقد أقر الصحابة ذلك اعتمادا على دليل الخطاب مما يعني أن هذا الأخير حجة يفرضها المنطق اللغوي[1].

ثانيا- المنطق التشريعي للقيود النصية كأساس للاستدلال بمفهوم المخالفة

لقد ذهب الدكتور الدريني في معرض تحليله لماهية التقييد التشريعي الذي يُبنى على أساسه الاستدلال بمفهوم المخالفة أنه لا يكفي فيه الاستناد إلى ما يفرضه المنطق اللغوي في أساليب التقييد، وإنما يجب على البحوث الأصولية وكذا القانونية أن تولي اهتماما أيضا بما يفرضه كذلك المنطق التشريعي في فلسفة التقييد النصي، وذكر في إطار ذلك قائلا أنه:" لا يُبحث أسلوب مفهوم المخالفة كمنهج أصولي من مناهج الاستنباط في نصوص الشريعة أو القانون على أساس لغوي صرف، على النحو الذي ألفينا عند معظم الأصوليين، بل لا بد أن يقوم البحث الأصولي المتعمق في هذا الأسلوب بخاصة وما تنهض عليه حجته على أساس من **فلسفة التقييد في التشريع فضلا عن أصله اللغوي**"[2].

من هذا المنطلق يمكن القول أن الأصل في إثبات نقيض الحكم المنطوق به على أساس القيد الذي قُيد به هذا الحكم المنطوق هو أمر يفرضه إلى جانب المنطق اللغوي **المنطق التشريعي**، لأن تقييد الحكم أثناء تشريعه يرمي دائما إلى تفصيل حالات تطبيقه بما يحقق العدل والمصلحة والقيم العليا للتشريع، وكل ذلك يحدد مفهوم العدل بالمصالح المتوخاة من التقييد[3]، ولذلك ذهب الدكتور الدريني إلى أن المصالح المعتبرة في تشريع الأحكام هي من بين أهم الأسس التي يقوم عليها تقييد الحق في التشريع الإسلامي والوضعي، مستدلا على أن الأحكام التشريعية مبنية على مصالح العباد كما يقول الأصوليون، وأن تقييد الحق إن هو في الحقيقة إلا تقييدا للحكم، لأن الأحكام منشأ الحقوق[4].

تطبيقا لمدى ارتباط التقييد النصي في نصوص القانون المنطوق بها بمنطق اللغة ومنطق التشريع يمكن التطرق لنص المادة 40 من قانون الأسرة لما تحمله من قيد يثبت على أساسه حكما بمفهوم المخالفة يحمل كل ما من شأنه أن يدل على مدى الارتباط وقوة الصلة بين القيد النصي ومنطق اللغة والتشريع معا.

فقد نصت المادة 40 فقرة 01 ق.أ على أنه " يثبت النسب بالزواج الصحيح ... أو بكل زواج تم فسخه **بعد الدخول** طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون"، فعبارة " **بعد الدخول** " جاءت طبقا لهذا النص المنطوق به مقيدة لمسألة إثبات نسب المولود الناتج عن الزواج الذي تم فسخه، مما يعني بمفهوم المخالفة أن الزواج الذي تم فسخه **قبل الدخول** لا يثبت به نسب الولد في كل الحالات التي تناولتها نصوص المواد 32، 33، 34 ق.أ؛ وهو الحكم المناقض لما جاء به حكم المنطوق المذكور صراحة في النص المشار إليه أعلاه.

إن عبارة **"بعد الدخول"** الواردة في النص على أنها قيد ثبت على ضوئه حكم بمفهوم المخالفة هي في الحقيقة تقييدا لا ينفك عن منطق اللغة وأساليب العرب المعتمدة في فهمهم وتفسيرهم للكلام؛ لأن الكلام عندهم حسب معقول لسانهم ومعلوم مذهبهم إذا تم تقييده بقيد مقصود فذلك حد ومعيار لإثبات نقيض الكلام وعكسه الذي يكون عندهم صحيحا لا يخالف فيه أحد. ولذلك فإن السياق اللغوي الذي جاء فيه النص التشريعي يوحي أن التقييد المقترن به إذا ما تم عكسه والنظر إلى ما يناقضه فله ما بعده من أحكام مسكوت عنها، وهو عين ما تحقق في الاستدلال بمفهوم المخالفة مما يزيد في قوة ارتباط التقييد بأساليب اللغة.

فضلا عن هذا فإن قيد **الدخول** بالزوجة الوارد في النص القانوني هو قيد معتبر؛ لأنه واضح أن المشرع قصد منه شيء وجعله محل اعتبار في تشريع الحكم لتحديد المجال أو النطاق الذي يطبق فيه النص، مراعيا في ذلك ما قد يثبت من حكم عند تخلفه في الحالة العكسية لما في ذلك من مصلحة وعدالة ترمي إليها الأبعاد التشريعية بكل مقاصدها. **فالدخول** بالزوجة قيد قصد من خلاله المشرع تحديد نطاق أو المجال المشروع لإثبات النسب في الزواج الذي تم فسخه، ولذلك كان انتفاء هذا القيد المعتبر وتخلفه مثبتا لحكم صحيح عكسي مناقض للحكم المنطوق به القائم على أن **عدم الدخول** بالزوجة في مثل هذه الحالة (أي حالة

1- الكلوذاني أبو الخطاب محفوظ بن أحمد، المرجع نفسه، ص 208.
2- الدريني فتحي، المرجع السابق، ص 387.
3- لونيسي محمد صالح، المرجع السابق، ص 234.
4- الدريني فتحي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، الط 03، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1404ه/1984م، ص 25.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الزواج المفسوخ) لا يثبت نسب المولود، وبهذا الشكل يتحقق مدى الارتباط الأوثق ومدى قوة الصلة بين القيد النصي والمنطق التشريعي.

وهكذا يصل بنا المقام في النتيجة أن القيد الوارد على الحكم المنطوق كأساس يقوم عليه المفهوم المخالف يجعل من منطق اللغة ومنطق التشريع أصلا مهما في فلسفته المحددة للمعنى المراد به.

المطلب الثاني: ضوابط الاستدلال بمفهوم المخالفة وتطبيقاته على أحكام الزواج وانحلاله قبل الدخول

إن مفهوم المخالفة وإن كان وسيلة وآلية ذات فعالية في تفسير النصوص التشريعية والاستدلال على إثبات الأحكام المسكوت عنها إلا أنه يتسم بالخطورة والقابلية للانحراف والخروج عن المقصود من تشريع الأحكام بتلك القيود الذي يُبنى على أساسها الاستدلال به، لذلك وصفه العديد من الباحثين في علم الأصول والقانون على أنه أخطر طرق الاستدلال وأضعفها بالنظر إلى ما هو أقوى منه. مما أدى بالبعض من القانونيين إلى الدعوة لترك الاستدلال بمفهوم المخالفة وهجر اعتماده كوسيلة من وسائل التفسير[1].

لكن في المقابل ذهب الغالبية من القانونيين مقتفين في ذلك أثر الأصوليين إلى تضمين الاستدلال بالمفهوم المخالف بجملة من الضوابط تُجنب المجتهد من أن يُفضي به الاستنباط على مقتضى هذا المنهج الاستدلالي إلى محاذير أو معانٍ لا يُقرها الشرع، أو تتنافى ومقتضيات الأحكام والقواعد القانونية. مع العلم أن الفقه القانوني لم يسهب في ضبط الاستدلال بمفهوم المخالفة على النحو الدقيق المفصل كما عند الأصوليين، وإنما ركز على أهمها وأقواها أثرا مع مراعاة ما تقتضيه الطبيعة التشريعية للنصوص القانونية.

وللإشارة أن الفقه القانوني لم يخصص المباحث والمطالب لهذه الضوابط كما جاء في الكتب الأصولية، وإنما أشار إلى بعضها بشكل عرضي في إطار تحليل مدى حجية الاعتماد على مفهوم المخالفة كوسيلة من وسائل التفسير القانوني والاستنباط، ومدى أهميته في الاستدلال، وهو ما توضحه بعض المراجع القانونية التي تناولت نظرية القانون بالبحث المفصل الذي يشمل كافة جزئياتها.

إن مجمل الضوابط التي تُضبط على ضوئها العملية الاستدلالية بمفهوم المخالفة ترتبط ارتباطا وثيقا وشديد الصلة بالقيود التشريعية الواردة على الأحكام المنطوق بها، وكذا الأحكام المسكوت عنها ولذلك يجب في هذا المطلب التطرق للضوابط المتعلقة بالقيد الوارد على تشريع الحكم المنطوق به**(الفرع الأول)** ثم الضوابط المتعلقة بالحكم المسكوت عنه **(الفرع الثاني).**

الفرع الأول: الضوابط المتعلقة بالقيد التشريعي للحكم المنطوق به

يتبين مما سبق مدى أهمية القيد الذي تقيد به الأحكام التشريعية المنطوق بها في الاستدلال بمفهوم المخالفة، لذلك فمن المنطقي أن تكون ضوابط الاستدلال بهذا المفهوم هي في الحقيقة شروط وضعت لتضمن ما إذا كان القيد معتبرا في تشريع الحكم أم لا، وبالتالي يُشترط في هذا القيد شروط متعددة أهمها ألا تظهر فيه فائدة أخرى غير نفي الحكم عن المسكوت عنه، وألا يكون هذا القيد قد جاء في النص على سبيل المثال.

الشرط الأول: ألا يظهر للقيد فائدة أخرى غير نفي الحكم عن المسكوت عنه

هذا الشرط يراد به أن القيد لا يكون معتبرا في تشريع الحكم القانوني إلا إذا كان المقصود من وضعه إثبات نقيض ذلك الحكم المقيد عند انتفائه، أما إذا كانت له فائدة أخرى غير ذلك، كأن يكون القيد لتأكيد الحكم أو كان واردا للترغيب أو الترهيب أو خرج مخرج الغالب فلا اعتبار به في إثبات هذا المفهوم[2].

وتجدر الإشارة أن هذا الضابط من الأصوليين من اشترطه إجمالا لما وُضع من شروط يُضبط على أساسها الاستدلال بمفهوم المخالفة، لكن الغالبية منهم ترى أن هذا الشرط وإن كان يحتوي في مضمونه على عدة شروط أخرى ذكرها علماء الأصول كشرط ألا يقصد بالقيد التعظيم والتفخيم والتهويل وشرط ألا يكون القيد خرج مخرج الغالب الأعم ... إلا أنه قاصر على احتواء كامل الشروط والضوابط التي يصح على ضوئها الاستنتاج بمفهوم المخالفة.

وضع الأصوليون هذا الشرط وتبناه فقهاء القانون لأهميته ولأنه من جهة أخرى يجسد مدى ضرورة أن يكون القيد مفيدا لنفي الحكم عن المسكوت عنه ليكون الاستدلال بمفهوم المخالفة استدلالا صحيحا. لكن ما يجب التنويه به هنا أن القيود التشريعية الواردة في قانون الأسرة لا سيما في أحكام الزواج وانحلاله قبل الدخول هي قيود معتبرة في تشريع الأحكام؛ لأن طبيعتها التشريعية تحول دون أن تكون قيودا ذات صياغة

---

1 - شريف أحمد محمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، الط 01، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، العراق، ص 259، 261.

2- يُنظر: – زيدان عبد الكريم، الوجيز في أصول الفقه،الط 06، مؤسسة قرطبة، ص 307. – شعبان زكي الدين، أصول الفقه الإسلامي، الط 02، دار الكتب، لبنان، 1971، ص 379.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أدبية الغرض منها التأكيد أو الترهيب أو الترغيب، وإنما تتسم بصفة الفنية والتقنية التي تجعلها بعيدة عن مثل هذه الأساليب، ولذلك فإن الفقه القانوني لما اهتم بهذا الضابط أو الشرط فقد وجهه بصفة أكثر للقائمين على صياغة النصوص التشريعية بحيث يحثهم على ضرورة الابتعاد على مثل هذه الصياغات ذات الطابع الأدبي التي قد ينتج عنها قيودا غير معتبرة تؤدي إلى الانحراف في فهم القانون وتفسير أحكامه.

الشرط الثاني: ألا يكون القيد الوارد في النص جاء على سبيل التمثيل

فهذا الشرط قد عبر عنه بعض الأصوليين بقولهم: ألا يكون الشارع ذكر في المنطوق حدا محصورا للقياس عليه[1]، وهو ما يعني أن النصوص القانونية إذا تضمنت حكما في مسألة معينة مقيدا بحالات وردت على سبيل المثال فلا يمكن لتلك الحالات باعتبارها قيودا على الحكم التشريعي أن تكون أساسا لإثبات نقيض ذلك الحكم بمفهوم المخالفة؛ لأن الحالات المذكورة على سبيل المثال وإن كانت قيودا إلا أن الغرض منها ليس نفي الحكم عن المسكوت عنه، وإنما يقصد بها وضع نماذج لحالات يمكن القياس عليها في حالات مستجدة.

فالمادة 53 قانون الأسرة ذكرت بإطلاق أن الزوجة سواء كان مدخولا بها أو غير مدخول بها يحق لها طلب التطليق لأسباب وحالات جاءت على سبيل المثال، وعليه فهذه الأسباب وإن كانت بمثابة تقييد للنص إلا أنه لا يمكن بأي حال أن يُعتد بهذا التقييد، لأن الغرض منه ليس نفي الحكم عن المسكوت عنه، إنما ذكر مجموعة من الحالات الشائعة لتكون نموذجا يستعان به في القياس القائم على إلحاق حالات مشابهة وإشراكها في الحكم ذاته للعلة الجامعة بينهما، ومن ثمَّ فلا يصح القول استدلالا بمفهوم المخالفة لهذا النص أن الزوجة المدخول بها أو غير المدخول بها لا يجوز لها طلب التطليق في غير الحالات المذكورة.

يجب الإشارة في نهاية هذه الجزئية إلى أن البحث في ضوابط الاستدلال بمفهوم المخالفة على ضوء ما ورد في الكتب الأصولية والقانونية يُستنتج منه أن القيد الذي يُبنى على أساسه الاستدلال بمفهوم المخالفة وتُحدد بناء عليه أغلب الشروط الحاكمة لهذا الاستدلال هو قيد يتصف بشدة المرونة.

إن هذا القيد المرن ليس له معيار لتحديد ما إذا كان معتبرا في تشريع الحكم من عدم ذلك غير ما عُلم من أن القيد المعتبر في تشريع الحكم هو القيد الذي ليس له فائدة أخرى غير إثبات نقيض الحكم عند انتفائه، ومع ذلك تبقى مرونة القيد قائمة، الأمر الذي يفتح مجالا واسعا لسلطة القاضي الذي يقع على عاتقه النظر والتقدير فيما إذا كان هذا القيد معتبرا في تشريع الحكم أم لا فائدة منه في إثبات نقيض الحكم.

وهو ما يبرر قول القائل: "ولما كان تقدير ما إذا كان الحكم المنصوص عليه يدور وجودا وعدما مع القيد الذي قُيد به أمرا صعبا، لأن القيد قد تكون له فائدة أخرى غير ترتيب الحكم، فإن الفقه الحديث يميل إلى مقت الاستنتاج بمفهوم المخالفة ويصفه بأنه أسوء أنواع التفسير، لأنه كثيرا ما يُؤدي إلى نتائج لا تتفق مع مقصود المشرع، وينطوي على خطورة بالغة، ولذلك يوصي الفقه الحديث **بالحذر الشديد في سلوك هذا الطريق** ... ويُوجب على مفسر القانون التأكد من أن القيد هو قيد تشريعي، وأنه يتوافق مع قواعد العدالة وحفظ الحقوق، وأن المشرع أراد قصر الحكم الوارد في النص على الحالة التي ورد النص بشأنها والتي تقتضي تنظيما خاصا تنفرد به دون سواها "[2].

الفرع الثاني: الضوابط المتعلقة بالحكم التشريعي المسكوت عنه

إن الواقعة المسكوت عنها وكذا حكمها الذي يُراد إثباته بمفهوم المخالفة وإن كان في الحقيقة يُبنى على أساس ما يُناقض القيد التشريعي الذي وضعه المشرع على الحكم المنطوق به صراحة، إلا أن ضوابط الاستدلال هنا جاءت خاصة بالحكم التشريعي المسكوت عنه، وعليه يستلزم هذا الأخير مجموعة من الشروط ليصح الاستدلال به من باب المفهوم المخالف، أهمها ألا يعارض الحكم المستفاد بمفهوم المخالفة ما هو أرجح منه، وألا يكون المسكوت أولى بالحكم من المنطوق أو مساويا له.

الشرط الأول:عدم معارضة الحكم المستفاد بمفهوم المخالفة ما هو أرجح منه

1- الشريف التلمساني أبو عبد الله محمد، مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، تح: فركوس محمد علي، الط 03، دار العواصم، الجزائر، 1434ه/ 2013م، ص 613.

2- شريف أحمد محمد، المرجع السابق، ص 259، 261.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

هذا الشرط عبر عنه الأصوليين بقولهم: ألا يعارض المسكوت ما هو أقوى منه، ويُقصد به أن يسلم الحكم المسكوت عنه المراد إثباته بمفهوم المخالفة مما يعارضه فلا يتعارض مفهوم المخالفة بما هو أرجح منه كالمنطوق أو المفهوم الموافق[1].

إن النظر لأحكام الدلالات اللفظية في علم الأصول نظرة استقرائية يتضح من خلالها أن هذه الدلالات ذات مراتب في الاستدلال بحيث يكون بمقتضاها الأعلى مرتبة هو الأقوى في الاستدلال والأدنى مرتبة يُستدل به بشرط ألا يعارض ما هو أقوى منه وأعلى، وهو المنطق الذي يخضع بمقتضاه الاستدلال بمفهوم المخالفة، إذ أنَّ الحكم المستفاد بهذا الأخير يُشترط فيه ألا يُعارض ما هو أرجح منه.

فالحكم الثابت بالمفهوم المخالف عند فقهاء القانون وإن كانوا لم يصرحوا به إلا أنه يخضع هو الآخر للمراتب الدلالية باعتبار قوته في الدلالة على الحكم وهو ما يُستشف من بعض الكتابات الواردة في المراجع المُشار إليها سابقا، فيشترط فيه أيضا ألا يكون مناقضا لما ثبت حكمه بالنص المنطوق بكل ما يحمله من دلالات (دلالة المنطوق الصريح وغير الصريح) أو بالمفهوم الموافق، لأن كل منهما ذو قوة دلالية تعلو وتفوق القوة الدلالية لمفهوم المخالفة، فيكون عندئذ الأول مقدم في الاستدلال والاحتجاج به على المفهوم المخالف.

تطبيقا لذلك يمكن القول طبقا للفقرة 04 من المادة 05 ق.أ أن الخاطب لا يحق له استرداد شيئا من المخطوبة مما أهداها إذا كان العدول منه، وعليه فمن باب أولى لا يحق للزوج استرداد الهدايا التي أهداها لزوجته في حالة الطلاق قبل الدخول. ومن ثم فإن هذا الحكم الأخير طالما أنه حكم ثابت بمفهوم الموافقة فلا يمكن بأي حال أن يثبت حكم آخر يخالفه بناءً على مفهوم المخالفة، كأن يُقال مثلا استنادا على نص آخر أنه يحق للزوج استرداد ما أهداه لزوجته من هدايا في حالة الطلاق قبل الدخول.لأن مفهوم الموافقة أعلى مرتبة وأقوى حجية من مفهوم المخالفة في الاستدلال.

الشرط الثاني: ألا يكون المسكوت أولى بالحكم من المنطوق أو مساويا له.

فهذا الشرط يشترطه من يرى أن مفهوم الموافقة أولوي ومساوي، أما من يرى أن مفهوم الموافقة أولوي فقط فيشترط ألا يكون المسكوت عنه أولى بالحكم من المنطوق به، فالمسكوت عنه إذن إذا ظهرت فيه أولوية أو مساواة يكون مفهوم موافقة لا مفهوم مخالفة، وبالتالي يأخذ نفس الحكم المنطوق لا نقيضه[2]. ففي قوله تعالى ﴿ فَلَاتَقُل لَّهُمَآ أُفّ﴾[3] لا يُفهم منه جواز ضرب الوالدين وإيذائهما من باب أن التقييد بالتأفف قيد معتبر في تشريع الحكم غير قابل لإثبات العكس أو النقيض وإنما قابل لإثبات ما يُوافقه من باب أولى، لأن الضرب المسكوت عنه أولى بالحِرمة من التأفف المنطوق به.

هذا الشرط وضعه علماء الأصول بهدف تمييز الأحكام المسكوت عنها الثابتة بمفهوم الموافقة والثابتة بمفهوم المخالفة، بدليل أن من شروط الاستدلال بمفهوم الموافقة أصوليا أن يكون الحكم المسكوت عنه أولى أو مساويا للحكم المنطوق به عند من يشترطهما معا كما تقدم أعلاه، لأن الأحكام المسكوت عنها الثابتة بمفهوم المخالفة تخضع لمبدأ المناقضة للحكم المنطوق كما توضحه مختلف الأمثلة المذكورة سابقا وكذلك التي ستُذكر لاحقا في المبحث الموالي.

يُستخلص من هذا المبحث أن مفهوم المخالفة بما ينطوي عليه من تعريف وأسس وضوابط الاستدلال به في علم الأصول هو كذلك في أصول القانون، ففقهاء القانون يستمدون تعريفه من التعاريف الأصولية، ويُبنى الاستدلال به عندهم على نفس الأسس التي بنا عليها الأصوليون عملية الاستدلال به؛ أي على القيد المعتبر في تشريع الحكم سواء فيما يخص ناحية المنطق اللغوي أو من جانب المنطق التشريعي. كما تتدرج مراتبه الدلالية على غرار حاله عند الأصوليين، علاوة على استمداد فقهاء القانون لبعض الضوابط والشروط التي تضبط عملية الاستدلال بهذا المفهوم بالقدر الذي يخدم القانون وأساليبه التشريعية، وبهذا يكون المفهوم المخالف في أصول القانون هو نفسه ما جاء في علم الأصول. وهو ما يُؤدي بالنتيجة إلى قوة الاستناد عليه في الاستدلال على ثبوت العديد من النصوص التشريعية المسكوت عنها في أحكام الزواج والطلاق قبل الدخول كما سيأتي بيانه مفصلا في المبحث الموالي.

1- يُنظر: - شلبي محمد مصطفى، أصول الفقه الإسلامي، الط 01، الدار الجامعية، لبنان، ص 514. – الزلمي مصطفى إبراهيم، المرجع السابق، ص 429.

2- عوض محمد حسان، مفهوم المخالفة وأثره في اختلاف الفقهاء، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 01، المج 24، 2008م، ص 596.

3- سورة الإسراء، الآية 23.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثاني: أثر مفهوم المخالفةعلى إثراء أحكام الزواج والطلاق قبل الدخول

إن أحكام الزواج والطلاق قبل الدخول لا تقل شأنا عن أحكام الزواج والطلاق بعد الدخول، لكن المشرع الجزائري لم يولي اهتماما لهذه الأحكام بالقدر الذي أولاه لها فيما يخص بعد الدخول، بحيث اقتصر في الأحكام الناتجة بمجرد انعقاد الزواج على مسائل معدودة يمكن حصرها بسهولة. فقد نص المشرع مثلا بصفة صريحة وواضحة على تحريم الزواج بأصول الزوجة بمجرد العقد في الفقرة 01 من المادة 26 ق.أ ونص أيضا صراحة على ثبوت التوارث بين الزوجين ولو لم يقع البناء طبقا للمادة 130 ق.أ، كما نص في المادة 16 ق.أ على حق المطلقة قبل الدخول في نصف الصداق، هذا وقد تناول المشرع كذلك حكم النزاع في الصداق متى كان قبل الدخول بناء على المادة 17 ق.أ.... وما إلى ذلك من الأحكام التشريعية التي لا يتسع المقام لحصرها.

غير أنه توجد بعض الأحكام التي لم يتطرق إليها المشرع الجزائري في منطوق النصوص الواردة في إطار قانون الأسرة، لكن يمكن إثابتها بالنظر إلى مجمل التقييدات الواردة في بعض النصوص التشريعية، والتي على ضوئها يمكن إثبات نقيضها بما يخدم المصلحة التشريعية والقضائية بأبعادها التفسيرية، وهو ما يعتبر إثراء تشريعيا يُضاف لنصوص قانون الأسرة لا سيما أحكام الزواج وانحلاله قبل الدخول فيزيدها اتساعا وتناسقا وسدا لما قد يبدو من الفراغات التشريعية.

على هذا الأساس وفي إطار التطرق لمدى تأثر أحكام الزواج والطلاق قبل الدخول بمفهوم المخالفة من حيث الإثراء التشريعي يجب التمييز بين أحكام الزواج قبل الدخول **(المطلب الأول)** وبين أحكام انحلال هذا الزواج بالطلاق قبل البناء **(المطلب الثاني).**

المطلب الأول: الإثراء التشريعي لأحكام الزواج قبل الدخول على ضوء مفهوم المخالفة

الزواج قبل البناء له أهميته التشريعية لما يتسم به من الآثار المالية والمعنوية على العلاقة الزوجية التي تعتبر قائمة بين الطرفين بمجرد انعقاد العقد، ولذلك فإن المشرع وإن لم ينص صراحة على مجمل الأحكام المتعلقة بالزواج قبل الدخول إلا أنه أعطى القابلية لإمكانية إثراء هذه الأحكام بأحكام تشريعية أخرى ذات مصداقية لا تتنافى ومقتضيات النصوص التشريعية ولا مقتضيات الأحكام الشرعية، وذلك من خلال القيود المعتبرة في تشريع الأحكام المنطوق بها التي يضعها المشرع ويقصد من ورائها نفي الحكم عند تخلف القيد مما يحمل على إمكانية الاستدلال بمفهوم المخالفة.

الإثراء التشريعي لأحكام الزواج قبل الدخول على ضوء الاستدلال بمفهوم المخالفة لا يمكن حصره في أحكام معينة وإنما يمكن التطرق إليه من خلال إبداء بعض الأحكام التشريعية المسكوت عنها كانتفاء نفقة الزوجة قبل الدخول **(الفرع الأول)** وعدم ثبوت النسب في الزواج قبل الدخول **(الفرع الثاني).**

الفرع الأول: انتفاء نفقة الزوجة قبل الدخول بمفهوم المخالفة

إن حق الزوجة في النفقة بعد الدخول حق كفلته الأحكام الشرعية ومختلف الأحكام التشريعية بناءً على نصوص صريحة وواضحة، غير أن النصوص التشريعية في قانون الأسرة المتعلقة بمسألة النفقة قبل الدخول قد سكت عليها المشرع سكوتا يحمل في طياته وثناياه موجبات الاستدلال بمفهوم المخالفة الأمر الذي يستوجب في هذه الجزئية التطرق لوجه الاستدلال بمفهوم المخالفة على نفي نفقة المعقود عليها قبل الدخول **(أولا)** ثم التأصيل الشرعي لهذه المسألة تأكيدا على حجية الاستدلال بمفهوم المخالفة **(ثانيا).**

أولا- وجه الاستدلال بمفهوم المخالفة على نفي نفقة المعقود عليها قبل الدخول

جاء في المادة 74 ق أ أنه: " تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو بدعوتها إليه ببينة " في هذا النص قيد المشرع وجوب نفقة الزوج على زوجته بقيدين معتبرين هما: الدخول والدعوة إليه ببينة.

وعليه فإذا كانت نفقة الزوج على زوجته واجبة بالدخول بها فإنها لا تجب على الزوج نحو زوجته قبل الدخول بمفهوم المخالفة، هذا ويمكن القول إلى جانب ذلك أن النفقة طالما وجبت على الزوج اتجاه زوجته متى دعته إلى الدخول بالبينة فإنها بمفهوم المخالفة لا تستحق النفقة قبل الدخول إذا لم تثبت دعوتها إياه ببينة. ففي كل الأحوال الزوجة لا تستحق النفقة قبل الدخول بمفهوم المخالفة لنص المادة 74 سواء أُعمل المفهوم المخالف على القيد المتعلق بالدخول أو القيد المتعلق بالدعوة إليه ببينة.

إن انتفاء واجب النفقة على الزوج اتجاه زوجته قبل الدخول بمفهوم المخالفة للنص المذكور وإن لم يحظ بتطبيقات عملية على مستوى قضاء المحكمة العليا إلا أن هذا لا ينفي أهميته واحتمال وقوعه خاصة في ظل الوضع السائد حاليا الذي أصبح فيه تأخير الدخول بالزوجة من الحتميات التي يقع فيها الكثير من الأزواج.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومن المحتمل جدا أن ينشأ التداعي أمام القضاء في مسألة الإنفاق قبل الدخول خاصة في الحالة التي تكون فيها الزوجة قد دعت زوجها إلى الدخول بها إلا أنه أبى ذلك. وعليه فإذا أثبتت الزوجة أمام القاضي المختص دعوتها إلى زوجها للدخول بها ببينة ثبتت لها النفقة بناءً على منطوق النص بكل مشتملاتها وأحكامها، أما إذا لم تثبت الزوجة ذلك تعزيزا لادعائها فلا نفقة لها تجب على الزوج بمفهوم المخالفة للنص.

إن ثبوت الحكم المتعلق بانتفاء واجب نفقة الزوج على زوجته قبل الدخول تتفرع عنه عدة أحكام يفرضها المنطق قبل النصوص التشريعية، ويمكن إجمالها فيما يلي:

- لا يحق للزوجة المعقود عليها الدفع أمام القضاء باستحقاق النفقة قبل الدخول كأصل.
- لا يمكن للزوجة رفع دعوى التطليق قبل الدخول للغيبة وعدم الإنفاق طبقا للمادة 53 ف1، 5.
- لا يمكن للزوجة غير المدخول بها متابعة الزوج جزائيا من أجل إدانته بتهمة عدم تسديد النفقة.

ثانيا- التأكيد الشرعي على صحة انتفاء النفقة الزوجية قبل الدخول بمفهوم المخالفة

اختلف الفقهاء في وقت وجوب النفقة الزوجية، أي هل تجب حين ابتداء العقد أم من حصول الدخول، فكان لهم في ذلك قولان:

القـول الأول: وهو قول ذهب إليه الحنفية[1] والظاهرية[2] الذين اعتبروا أن وقت وجوب النفقة الزوجية على الزوج يسري من حين العقد، بمعنى مجرد العقد يوجب نفقة الزوج على زوجته.

القول الثاني: ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5]، ومفاده أن وقت وجوب النفقة الزوجية على الزوج يبدأ من حين حصول الدخول أو بتسليم المرأة نفسها لزوجها دون مانع، إلا أنه قد تجب النفقة قبل الدخول عندهم في حالة ما إذا بذلت الزوجة نفسها، وقالت أو قال أهلها: متى ما شئت أن تأخذها فخذها، لكن الزوج أخر الدخول بها بسبب يعود إليه.

إن سبب اختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد وقت ابتداء النفقة يرجع إلى اختلافهم في سبب وجوبها، فالحنفية ذهبوا إلى أن سبب وجوب النفقة هو حصول الاحتباس، والاحتباس يبدأ من وقت العقد، لذلك كان وقت وجوب النفقة من حين ابتداء العقد. أما الجمهور فذهبوا إلى أن سبب وجوب النفقة حصول الاستمتاع[6]، فمتى حصل أو توفرت الظروف لحصوله دون مانع، بحيث استعدت المرأة لتسليم نفسها لزوجها كان ابتداء النفقة من حين التسليم[7].

إن حكم انتفاء النفقة للزوجة قبل الدخول عند جمهور العلماء يترتب عليه حكم فرعي عند جل الفقهاء يتمثل في عدم جواز طلب التطليق قبل الدخول من طرف الزوجة لعدم الإنفاق عليهاعموما؛ بمعنى أنه لا يحق للزوجة غير المدخول بها المطالبة بالتفريق لعدم إنفاق الزوج عليها، لأن النفقة ليست بواجبة على الزوج أصلا إلا في حالة ما إذا كان تأخير الدخول بسببه بعد أن دعته إليه الزوجة المعقود عليها، ففي هذه الحالة يحق لها طلب التطليق قبل الدخول لعدم الإنفاق[8].

يُلاحظ أن موقف المشرع الجزائري في قانون الأسرة من النفقة الزوجية طبقا لأحكام المادة 74 منه جاء موافقا لموقف جمهور العلماء وهو ما يُؤدي بالضرورة إلى القول أن الاستدلال بمفهوم المخالفة على ثبوت الحكم المسكوت عنه في المادة 74 ق.أ المتعلق بانتفاء النفقة للمعقود عليها له أساس وتأصيل شرعي، حيث أنه يتوافق مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء الذين أكدوا أن النفقة لا تجب إلا بالدخول، مما

1- الزيلعي فخر الدين عثمان، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1431ه، الج3، ص51.
2- ابن حزم الظاهري أبو محمد علي، كتاب المحلى، دار الجيل، لبنان، الج10، ص88.
3- ابن رشد الحفيد أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تح: طه عبد الرؤوف سعد، المكتبة الأزهرية للتراث، مصر، 1406ه/1986م، الج2، ص173.
4- الشربيني شمس الدين محمد بن الخطيب، مغني المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ المنهاج، تح: علي محمد المعوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، لبنان، 2000م، الج5، ص173.
5- البهوتي منصور بن يونس بن ادريس، كشاف القناع عن متن الاقناع، عالم الكتب، لبنان، 1403ه/1983م، ص470.
6- الشربيني، المرجع نفسه، الج5، ص151.
7- عثمان محمد عبد الحق إدريس، أحكام المعقود عليها قبل الدخول في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير،القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، 1427ه/2006م، ص173.
8- يُنظر: - الخرشي أبو عبد الله محمد، شرح مختصر خليل، مطبعة محمد أفندي، مصر، الج3، ص 360.- الشافعي محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة، الج5، ص91.- ابن قدامه موفق الدين وابن قدامه شمس الدين، المغني ويليه الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، لبنان، 1392ه/1979م، الج8، ص78.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يزيد في حجية الاستدلال بمفهوم المخالفة الذي يُعتبر بلا شك آلية مهمة في إثراء النصوص القانونية بالأحكام.

الفرع الثاني: عدم ثبوت النسب في الزواج قبل الدخول بمفهوم المخالفة

الأصل في النسب أنه يثبت طبقا لأحكام المادة 40 ق.أ بوسائل متعددة منها ما هو منشئ للنسب كالزواج الصحيح وما يقوم مقامه من الزواج الفاسد ونكاح الشبهة، ومنها ما هو كاشف للنسب كالإقرار والبينة، هذا ما يعرف على أنه من الوسائل التقليدية لإثبات النسب، إذ يمكن علاوة على ذلك إثبات النسب بالطرق العلمية طبقا للفقرة 02 من المادة 40 المشار إليها أعلاه.

لكن ما يجب الوقوف عنده في هذا المقام أن **الزواج الصحيح** لا يثبت النسب على إطلاقه، ومن هنا تبدأ بالظهور موجبات الاستدلال بمفهوم المخالفة على عدم ثبوت النسب في الزواج قبل الدخول، وهو ما يستدعي في إطار هذه الجزئية التطرق لوجه الاستدلال بمفهوم المخالفة على عدم إثبات النسب في الزواج قبل الدخول **(أولا)** مع التأكيد على حجية هذا الاستدلال من خلال التأصيل الشرعي لهذه المسألة **(ثانيا)**.

أولا- وجه الاستدلال بمفهوم المخالفة على عدم ثبوت النسب في الزواج قبل الدخول

المشرع وإن كان قد ذكر أن الزواج الصحيح مثبت لنسب الولد على إطلاقه في نص المادة 40 ق.أ إلا أنه قد قيد هذا الإطلاق بشروط نصت عليها المادة 41 من القانون ذاته التي جاء فيها أنه " يُنسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا، وأمكن الاتصال، ولم ينفه بالطرق المشروعة ". يتبين من خلال هذا النص أن هذه الشروط التي نص عليها والمتمثلة في شرعية الزواج، وإمكانية الاتصال، وعدم نفي النسب بالطرق المشروعة، هي في الحقيقة قيود معتبرة في تشريع هذا الحكم، لأن المشرع أراد من خلالها حصر إثبات النسب في نطاق محدد بحيث ينتفي الحكم في الحالة العكسية؛ أي متى تخلف الشرط أو القيد.

يُلاحظ أن تقييد الحكم المنطوق به **بإمكانية الاتصال** هو أهم القيود التشريعية الواردة على النص من حيث المبدأ، لأنه يثبت بمفهوم المخالفة على أساس هذا التقييد أن مجرد انعقاد عقد الزواج لا يترتب عنه إثبات النسب لعدم إمكانية الاتصال قبل الدخول كأصل؛ لأن الاتصال الجنسي بين الزوجين قبل الدخول لا يمكن افتراضه إلا إذا قامت قرائن قوية تُؤكد التلاقي والاختلاء بين المتعاقدين مما يوحي بوجود دخول حكمي.

وبمعنى آخر يكون أكثر إيضاحا يمكن القول طبقا لمنطوق المادة 41 ق.أ ومفهومها المخالف أن النسب في الزواج الصحيح يثبت في حالة الدخول الحكمي أو الحقيقي بالزوجة لما في ذلك من إمكانية الاتصال الجنسي بين الزوجين أما قبل الدخول فلا ثبوت للنسب بمفهوم المخالفة، لأن مجرد انعقاد الزواج لا يكفي لافتراض إمكانية التلاقي بين الزوجين واتصالهما جنسيا إلا بما يعزز ذلك من قرائن قوية تثبته.

إن ما يزيد هذا الاستدلال وضوحا ومنطقا عمليا هو موقف المحكمة العليا من هذه المسألة، إذا جاء في أحد قراراتها ما نصه: « لكن حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه نجده قد تبنى أسباب الحكم المستأنف ما دام قد أيده مبدئيا وأضاف قضاة المجلس بأن المستأنف اعترف وأقر بالزواج العرفي المنعقد في 1998/03/29 وهو الذي **<u>ثبت للمجلس</u>** أن الدخول قد تم فعلا ونتج عنه طفل سمي (أ.م) نتيجة **الخلوة بالزوجة في بيت أهلها ثبت ذلك بالصور التي قدمتها المطعون ضدها مما يجعل الدخول تم شرعا** ويجعل الزواج تاما بجميع أركانه، هذه الأسباب التي حواها القرار المطعون فيه أسباب كافية لإثبات الزواج ما دامت أركانه المنصوص عليها في المادة 9 ق أ متوفرة وما الدخول إلا شكل من أشكال إتمام الزواج، ومادام الزوج قد صرح بفك العصمة فإن الطلاق يعد سليما ومؤسسا وهي أسباب كافية تجعل القرار سليما في قضائه - والوجه من غير أساس الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن »[1].

هذا القرار رغم أنه اتسم بركاكة الأسلوب والخلط بين المرادفات والجمل في صياغته إلا أنه جاء مكرسا لمبدأ مفاده أن الأصل عدم إثبات النسب بالزواج قبل الدخول لأن الاتصال بين الزوجين في هذه المرحلة غير متصور، لكن استثناء يمكن إثبات نسب الولد بالزواج الصحيح وإن لم يحصل الدخول متى أمكن إثبات الخلوة الصحيحة بين الزوجين، وهو الأمر الذي يصدق القول معه أن القضاء وإن كان قد اعتبر بالخلوة الصحيحة في إثبات النسب إلا أنه اهتم إلى جانب ذلك بقوة الدليل والقرائن المثبتة لاختلاء الزوجين، مما يُؤكد من جهة أخرى أن المحكمة العليا لم تجعل مجرد العقد على الزوجة في الزواج الصحيح مثبتا للنسب.

بناء على ما تقدم يتضح مدى حرص المحكمة العليا على ضرورة **<u>إثبات</u>** الخلوة الصحيحة بالزوجة لتكون أساسا يثبت على ضوئه النسب في الزواج الصحيح قبل الدخول كقيام قرائن قوية تثبت بالصور اختلاء الزوج

1- قرار رقم:289545، الصادر بتاريخ 05.08. 2002، مجلة المحكمة العليا، 2004، العدد2، ص373.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بالزوجة في بيت أهلها، مما يؤكد من جهة أخرى أن مجرد العقد لا يثبت النسب في الزواج الصحيح قبل الدخول، وهو استدلال لا شك أنه بني على مفهوم المخالفة لنص المادة 41 ق.أ التي قيدها المشرع بإمكانية الاتصال وإن لم تصرح المحكمة العليا بذلك في قرارها لكنه يفهم بالضرورة من موقفها اتجاه المسألة.

ثانيا: التأكيد الشرعي على صحة عدم ثبوت النسب في الزواج قبل الدخول بمفهوم المخالفة

اختلف الفقهاء في إثبات النسب بالزواج الصحيح قبل الدخول من عدمه وتباينت آرائهم في اتجاهين.

فالاتجاه الأول مأخوذ من الرواية الثانية للإمام أحمد التي اختارها ابن تيمية وابن القيم الجوزية، ومفاده أن نسب الولد لا يثبت بالزواج الصحيح قبل الدخول على إطلاقه؛ بمعنى أن مجرد العقد لا يثبت النسب وإن كان الزواج صحيحا، ومن ثم فإن الخلوة بالزوجة لا تثبت نسبا قبل الدخول، وإنما يثبته العقد مع الدخول المحقق، وقد استدلوا على ذلك بأن أهل العرف واللغة لا يعدون المرأة فراشا قبل الدخول بها، وإذا لم تكن فراشا لم يصح إلحاقه به، وأنه لم يعهد في الشريعة أن تأتي بإلحاق نسب بمن لم يبني بامرأته ولم يدخل بها[1].

أما الاتجاه الثاني فقد ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية[2]، والمالكية[3]، والشافعية[4]،والحنابلة في رواية عن الإمام أحمد[5]، ومفاده أن النسب لا يثبت في الزواج الصحيح قبل الدخول كأصل، وإنما يثبت بالدخول الفعلي والحقيقي، لكن استثناءً قد يثبت عندهم نسب الولد بعد العقد وقبل الدخول متى تحققت موجبات الخلوة الشرعية الصحيحة بين الزوجين، ولذلك يقيدون هذا الاستثناء بجملة من الشروط وهي:

- أن يكون الزوج بالغا، بحيث يمكن أن يحدث منه الإحبال.
- عدم وجود مانع من الموانع التي تمنع الحمل.
- أن يكون الحمل قد جاء بعد عقد زواج صحيح أو فاسد.
- أن تكون الولادة قد جاءت بعد ستة أشهر من وقت العقد على الأقل،لأنها أقل مدة ممكنة للحمل، فإن جاء الحمل قبل هذه المدة فلا يثبت نسب للمولود، لاستحالة الولادة قبل هذه المدة.
- إمكان اللقاء العادي بين الزوجين من وقت العقد، فإن أمكن اللقاء بينهما عادة لقرب الديار؛ فإن النسب يثبت سواء حصلت الخلوة أم لا، لأن التيقن من حلول الخلوة أمر غير ممكن غالبا.

قد استدل أصحاب هذا القول تعزيزا لموقفهم هذا بالسنة النبوية الشريفة وبالمعقول، فمن السنة ذكروا الحديث المشهور المروي عن عائشة رضي الله عنها عن رسول الله ﷺأنه قال: « **الولد للفراش وللعاهر الحجر**»[6]. فهذا الحديث الشريف يدل على أن الولد يثبت حقه في النسب متى ولد على فراش الزوجية معتبرين أن الفراش يُقصد به فراش الزوجية بعد عقد زواج شرعي صحيح وخلوة شرعية صحيحة بصرف النظر عن الدخول من عدمه، وذلك لإمكانية الاتصال التي لا يصعب تصورها قبل الدخول في حال الخلوة الصحيحة.

أما بالنسبة لمعقول استدلالهم فقد أوجزوه في النقاط التالية وهي:

- إن الخلوة الصحيحة بالزوجة بعد عقد الزواج مع إمكان الوطء مظنة لحدوث الولد، فلحق النسب لأبويه، قياسا على ما إذا جاء الولد بعد وطء حقيقي[7].
- إن معرفة العلم بالدخول بالزوجة متعسرة جدا، فعدم اعتبار نسب الولد بالخلوة الصحيحة بعد عقد الزواج الصحيح يؤدي إلى بطلان كثير من الأنساب[8].

1- زيد بن سعد بن مبارك الغنام، اختيارات شيخ الإسلام بن تيمية الفقهية، كنوز اشبيليا، المملكة العربية السعودية، 1430ه/ 2009م، ط1، ج9، ص183، 184.

2- الكساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تح: علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، الط 02، دار الكتب العلمية، لبنان، ج2، ص293.

3- سحنون بن سعيد التنوخي، المدونة الكبرى، تح: عامر الجزار وعبد الله المنشاوي، الط01 دار الحديث، مصر، 1426ه/ 2005م، ج2، ص 450

4- النووي أبو زكريا محي الدين، تكملة المجموع شرح المهذب، المكتبة السلفية، المملكة العربية السعودية، ج17، ص399.

5- ابن قدامة موفق الدين وابن قدامة شمس الدين، المرجع السابق (المغني ويليه الشرح الكبير)، ج9، ص81.

6- البخاري، صحيح البخاري، كتاب المغازي، باب من شهد الفتح، ص812، رقم 4303.

7- ابن قدامه موفق الدين عبد الله بن أحمد، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، الط 01، دار الفكر، لبنان، 1405 ه، ج7، ص452.

8- الشوكاني محمد بن علي بن محمد، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تح: محمود إبراهيم زايد، الط1،دار الكتب العلمية، لبنان، 1405ه-1985م، ج2، ص321.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- إن الولد إذا جاء بعد عقد الزواج مع إمكان الوطء، يمكن أن يكون الولد من المختلى بالزوجة، وليس ها هنا ما يعرضه ولا ما يسقطه، فوجب أن يلحق بهما[1].

قد أصبح واضحا أن فقهاء الشريعة أجمعوا من حيث المبدأ على عدم ثبوت النسب بالزواج الصحيح قبل الدخول؛ بمعنى أن مجرد العقد لا يثبت النسب ولو كان الزواج صحيحا إلا أنهم اختلفوا في شأن حدوث الخلوة الصحيحة قبل الدخول الحقيقي بالزوجة الذي لم يعتبر به الفريق الأول في حين ذهب الفريق الثاني إلى الاعتبار به في إثبات النسب استثناء وبشروط ضيقة لما فيه من إمكانية الاتصال والتلاقي بين الزوجين.

وعليه يصبح الاستدلال على عدم ثبوت النسب بالزواج الصحيح قبل الدخول بمفهوم المخالفة لنص المادة 41 ق.أ علاوة على أنه استدلالا منطقيا مبنيا على أساس قيد معتبر في تشريع الحكم فهو أيضا حكما شرعيا مبني على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وهو أمر منطقي لأن المشرع في المادة 41 ق.أ أخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء فيما يخص الشروط المقيدة لإثبات النسب بالزواج الصحيح خاصة شرط إمكانية الاتصال. وبالتالي فإن هذا التأصيل الشرعي للمسألة لا يزيد الاستدلال بمفهوم المخالفة إلا تأكيدا وحجية.

المطلب الثاني: الإثراء التشريعي لأثر الطلاق قبل الدخول على ضوء مفهوم المخالفة

إن قانون الأسرة لا شك أنه جاء في عدد من المواضيع بأحكام مجملة بعيدة عن التفصيل لا تفي بالحاجة العملية الملحة لا سيما في أحكام الطلاق، وفضلا على أن هذه الأحكام مجملة وموجزة فقد جاءت كذلك متعلقة بشكل أكبر بحالة الطلاق **بعد الدخول** بكل ما يحمله من آثار كعدة المطلقة، والحضانة، والنفقة.

إن عدة المطلقة كأثر من آثار الطلاق يتسع نطاقها التطبيقي ليشمل مختلف الأحكام المتعلقة بحالة الدخول بالزوجة وحالة عدم الدخول بها، فهي إذا ليست كالحضانة ونفقة الأولاد اللذين يضيق تطبيقهما ويقتصر على حالة الطلاق بعد الدخول بالزوجة نظرا لارتباطهما بالأولاد. وبالتالي تستحق عدة المطلقة قبل الدخول الاهتمام الكافي الذي لم يوله لها المشرع رغم أهميتها. ومن هنا يقتصر البحث في إطار الإثراء التشريعي لأثر الطلاق على نفي عدة المطلقة قبل الدخول استدلالا بمفهوم المخالفة **(الفرع الأول)** ثم التأكيد على صحة هذا الاستدلال من خلال تأصيل المسألة في الفقه الإسلامي**(الفرع الثاني).**

الفرع الأول: الاستدلال بمفهوم المخالفة على نفي عدة المطلقة قبل الدخول

قد يظهر لدى الغالبية أنه من غير المنطقي التكلم عن عدة المرأة المطلقة غير المدخول بها، لأنها عبارة عن حكم لا يترتب عليه أي أثر شرعي أو قانوني ولعل هذا ما يبرر موقف المشرع الجزائري في قانون الأسرة من هذه المسألة التي لم يكن صريحا في تناولها، لكن الأمر على خلاف ذلك نظرا لما يحمله حكم عدة المطلقة قبل الدخول وما ينتج عن ذلك من آثار ذات أهمية في بناء عدة فروع فقهية يفتقدها قانون الأسرة من جهة وتدعو لها الحاجة العملية الملحة من جهة أخرى.

إن المشرع نص في المادة 58 ق. أ على أنه: «تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء واليائس من المحيض بثلاثة أشهر ...». هذا النص المتعلق بأحكام العدة جاء بأسلوب التقييد في تشريع الحكم المراد، فقد قيد حكم العدة بقيود ثلاث وهي قيد الطلاق، والدخول، وغير الحامل، وهذا الأسلوب يعطي بلا شك للنص قوة دلالية في صياغة الحكم، لأن النص التشريعي المقيد تتفاوت مراتبه الدلالية في التقييد قوة وضعفا باعتبار قلة القيود وكثرتها، فما كثرت قيوده كهذا النص كان أعلى رتبة وأكثر قوة مما قلت قيوده[2]، وبهذا المنطق التشريعي يكون المشرع قد قصد من هذه القيود عدة أحكام تثبت بانتفاء القيد.

فقيد " **الطلاق** " يخرج بمقتضاه من حكم النص المرأة المتوفى عنها زوجها، وقيد " **الدخول** " يخرج بمقتضاه من حكم هذا النص المرأة غير المدخول بها؛ أي المطلقة قبل الدخول، أما قيد " **غير الحامل** " فيخرج بناء عليه من حكم هذا النص المرأة الحامل. وعليه فإذا كان المشرع أخرج عدة المتوفى عنها زوجها وعدة المرأة الحامل من حكم هذا النص لأنه نظم كلا منهما بالمادتين 59 و60 ق.أ، فإن عدة المطلقة قبل الدخول لم ينظمها في نص آخر رغم إخراجها هي الأخرى من حكم المادة 58 المشار إليها أعلاه.

1- النووي أبو زكريا محي الدين، المرجع السابق (تكملة المجموع شرح المهذب)،ج14، ص339.

2- ابن قدامه موفق الدين، روضة الناظر وجنة المناظر، ص 102، هامش 02.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

على هذا الأساس يكون قيد "الدخول" الوارد في نص المادة 58 قيدا معتبرا في تشريع الحكم لأن المشرع قصد به إبعاد المطلقة قبل الدخول من ضرورة الاعتداد بثلاثة قروء ليكون لها حكم آخر في الحالة العكسية لا سيما بعد النص على عدة المتوفى عنها زوجها والمرأة الحامل.

طالما أن قيد الدخول بالزوجة قيد معتبر في تشريع العدة بثلاثة قروء فإنه يمكن على أساسه الاستدلال بمفهوم المخالفة للنص على أن المرأة المطلقة قبل الدخول لا تجب عليها العدة إطلاقا، بمعنى آخر إذا كانت المرأة المطلقة المدخول بها غير الحامل تجب عليها العدة حسب منطوق النص فإنه بمفهوم المخالفة لهذا النص لا تعتد المرأة المطلقة قبل الدخول، وذلك لزوال موجبات العدة قبل الدخول كبراءة الرحم.

عدة المطلقة قبل الدخول لا تقتصر أهميتها على إثبات حكم النفي المتعلق بها وإنما يتعدى ذلك إلى عدة آثار تتحقق بمقتضى هذا النفي يمكن التطرق إليها بإيجاز على النحو التالي.

- طالما أن المطلقة قبل الدخول لا تجب عليها العدة فإن الطلاق هنا يكون طلاقا بائنا ببينونة صغرى.

- لا يمكن مراجعة الزوجة بعد التلفظ بالطلاق ولا بعد الحكم به من طرف الزوج إلا بناءً على عقد جديد يخضع لكل الشروط الشكلية والموضوعية الواجبة قانونا، لأن الرجعة هنا قد تُؤدي إلى المعاشرة بالحرام.

- باعتبار الطلاق قبل الدخول غير رجعي وبائنا ببينونة صغرى في حق الزوجين فإن وفاة أحدهما بعد تلفظ الزوج بالطلاق لا يرتب حق التوارث بينهما لغياب أسباب الإرث المتعلقة أساسا بقيام الزوجية، فبما أن العدة منتفية في حالة الطلاق قبل الدخول فإن أسباب الإرث منتهية تبعا لذلك.

- إذا ثبت وتبين أن الزوج طلق زوجته قبل الدخول وهو في مرض الموت فإن الزوجة في هذه الحالة ترث رغم انتفاء العدة قياسا على ثبوت الإرث للزوجة في طلاق المريض مرض الموت بعد الدخول ولو بعد انتهاء العدة على حد قول المالكية والحنابلة[1].

هكذا يتضح وجه الاستدلال بمفهوم المخالفة على انتفاء عدة المطلقة قبل الدخول بكل ما يحمله من نتائج وآثار ذات أهمية في إثراء نصوص قانون الأسرة، والأكثر من ذلك يتضح إلى جانبه أهمية التقييد في النصوص القانونية باعتباره من الوسائل التشريعية التي على ضوئها يمكن تفعيل أو الاحتكام إلى مفهوم المخالفة في إثبات الأحكام التشريعية المسكوت عنها في نصوص القانون، لكن ما يزيد المسألة وضوحا وأهمية هو استناد قضاء المحكمة العليا إلى نفس الوسائل التشريعية الواردة في نص المادة 58 ق.أ ليعزز هو الآخر مسألة انتفاء عدة المطلقة قبل الدخول استدلالا بمفهوم المخالفة لهذا النص.

طرح على مستوى القضاء الجزائري قضية تتلخص وقائعها وإجراءاتها في أن زوجة طلقت من زوجها قبل الدخول بها وبعد ذلك بأقل من أسبوع تزوجت ثانية، الأمر الذي دعا إلى متابعتها من طرف زوجها الأول أمام القضاء المختص للمطالبة بفسخ الزواج الثاني ورجوع الزوجة إلى المسكن الزوجي بسعي من زوجها الأول بحجة أنها تزوجت ثانية قبل استكمال العدة الواجبة عليها شرعا وقانونا.

القضاء الجزائري تصدى لهذه الدعوى بالرفض لعدم التأسيس على مستوى الدرجة الأولى والثانية، لذلك قررت المحكمة العليا في شأنها رفض الطعن موضوعا مبررة ذلك حسب ما تضمنه القرار الذي جاء في حيثياته: "عن الوجه الأول المأخوذ من انعدام الأساس القانوني، حيث أن هذا الوجه في غير محله ذلك أن العدة لا تجب على المطعون ضدها التي طلقت قبل الدخول من زوجها الأول وتتزوج من ساعة طلاقها إذا شاءت ومن ثمَّ يكون النعي على القرار بهذا الوجه على غير أساس. أما عن الوجه الثاني المأخوذ من القصور وانعدام الأسباب، فهو الآخر على غير أساس ذلك أن الطاعن قد اختلط عليه الأمر بين المرأة المطلقة غير المدخول بها التي لا تجب عليها العدة والمرأة المتوفى عنها زوجها التي تكون عدتها أربعة أشهر وعشر أيام ويكون النعي على القرار بهذا الوجه غير منتج ... ومن ثم يتعين رفضه "[2].

يتضح من حيثيات هذا القرار أن قضاة القانون قد أعملوا الاستدلال بمفهوم المخالفة على نقيض الحكم الوارد في المادة 58 ق.أ من أجل إثبات أن المطلقة قبل الدخول لا عدة لها تجب، وعليه فإنه لا مبرر لفسخ زواجها الثاني، وبالتالي يمكن القول أن قضاة القانون لما اعتمدوا مفهوم المخالفة كآلية تبرر الوجه المأخوذ من انعدام الأساس القانوني فإنهم بذلك قد جعلوا من هذا النوع الاستدلالي (مفهوم المخالفة) ضابطا من الضوابط المعتبرة في تقويم العمل القضائي والاجتهاد في فهم النصوص التشريعية وتفسيرها،

1- عثمان محمد عبد الحق إدريس، المرجع سابق، ص 181.
2- قرار رقم: 137571، الصادر بتاريخ 18. 06. 1996، المجلة القضائية، 1997، العدد 02، ص 93.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وإن هذا يكفي للقول بحجية مفهوم المخالفة في الاستدلال وفعاليته في إثبات الأحكام التشريعية المسكوت عنها وإثراء النصوص القانونية.

الفرع الثاني: التأكيد الشرعي على صحة نفي عدة المطلقة قبل الدخول بمفهوم المخالفة

إن ما يزيد من حجية الاستدلال بمفهوم المخالفة على ثبوت الحكم المسكوت عنه في القانون المتعلق بنفي عدة المطلقة قبل الدخول بناءً على ما جاء في نص المادة 58 ق.أ هو التأصيل الشرعي لهذه المسألة الذي يتماشى ويتوافق ويتطابق مع النتيجة المتوصل إليها أعلاه بلا خلاف يُذكر.

حيث اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية قاطبة[1]؛ أي دون خلاف بينهم على أن المطلقة قبل الدخول لا تجب عليها العدة، وذلك لقوة الأدلة المستندين عليها لإثبات حجية المسألة المطروحة لما ثبت لديهم من صريح النص القرآني والإجماع والمعقول.

ففي القرآن الكريم قال سبحانه وتعالى: ﴿ **يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحتُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمۡ عَلَيۡهِنَّ مِنۡ عِدَّةٖ تَعۡتَدُّونَهَاۖ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحٗا جَمِيلٗا**﴾[2].

وجه الدلالة من هذه الآية أن المطلقة إذا لم يكن مدخول بها فلا عدة عليها تعتدها بصريح النص، فضلا على أن هذه الآية جاءت عامة في ترتيب حكم عدة المطلقة قبل الدخول مما يجعله يسري على جميع المطلقات دون استثناء ولو كانت المطلقة غير مؤمنة كأن تكون كتابية مثلا، لأن لفظ المؤمنات الوارد في الآية لا مفهوم له بخلاف، باعتبار أن الوصف هنا خرج مخرج الغالب الأعم[3]، أي أن القيد الذي يقيد به حكم المنطوق وهو "المؤمنات" ورد بيانا للأعم الأغلب، لأن الغالب في النكاح أن ينكح الرجل المؤمن المرأة المؤمنة.

أما في الإجماع فإن الحكم المتعلق بانتفاء عدة المطلقة قبل الدخول لم يُخالف فيه أحد من العلماء لقوة الدليل الشرعي الثابت بصريح النص القرآني المستدل به على شرعية الحكم، ولذلك ذكر القرطبي أن الأمة الإسلامية قد أجمعت على أن المرأة المطلقة قبل المسيس لا عدة عليها تجب[4].

وأما من المعقول فقد ذهب العلماء إلى أن الأصل في وجوب العدة أنها وجبت لأجل براءة الرحم وعدم اشتغاله بما يوجب استبراءه والتأكد من خلوه من الحمل، وهذه العلة غير متحققة في المطلقة قبل الدخول، لذلك لا حاجة للعدة فالبراءة متيقنة[5].

بناءً على ما سبق فإن موقف الشريعة الإسلامية من حكم انتفاء عدة المطلقة قبل الدخول المجمع عليه فقها يؤكد ما تم التوصل إليه في الفرع السابق فيما يخص هذا الحكم الثابت عن طريق الاستدلال بمفهوم المخالفة على تفسير المادة 58 ق أ.هذا وفيما يخص الفروع التشريعية التي تم تخريجها بناءًعلى الحكم الثابت بمفهوم المخالفة لنص المادة 58 ق.أ المتعلقة بطبيعة الطلاق قبل الدخول لانتفاء العدة فيه وما يترتب عن ذلك من آثار فهي الأخرى يمكن تبريرها والتأكيد على صحتها وحجيتها من خلال الوقوف عند مختلف الأحكام الشرعية التي ذكرها جمهور العلماء في شأن هذه الجزئية.

حيث اتفق فقهاء الشريعة على أن الرجل إذا طلق زوجته قبل الدخول بها وقبل الخلوة الصحيحة فإن الطلاق يقع بائنا بينونة صغرى في الحال، واستدلوا على وقوع الطلاق قبل الدخول بائنا بينونة صغرى من حيث أن الله تعالى لم يفرض على من طلقت قبل الدخول العدة، فعدم وجوب العدة في الطلاق قبل الدخول دليل على انتهاء العلاقة الزوجية وزوالها، فلا يحق للمرأة أن تعود إلى زوجها الذي طلقها إلا بعقد جديد[6].

1- يُنظر:- الزيلعي فخر الدين عثمان، المرجع السابق، الج3، ص26.- الكساني مسعود بن أحمد، المرجع السابق، الج3، ص191.- النفراوي أحمد بنغنيم، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، الج2، ص58.- الشافعي محمد ابن ادريس، المرجع السابق، ص 230.- ابن قدامه موفق الدين عبد الله بن أحمد، المرجع السابق(المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني)، الج8، ص78.

2- سورة الأحزاب، آية 49.

3- النفراوي أحمد غنيم، المرجع نفسه، الج2، ص58.

4- القرطبي أبو عبد الله محمد،الجامع لأحكام القرآن، الط 01، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1427ه/ 2006م، الج14، ص202.

5- الكساني مسعود بن أحمد، المرجع السابق، الج3، ص191.

6 - يُنظر: - السرخسي شمس الدين، المبسوط، الط1، دار المعرفة، لبنان، 1409ه/1989م، الج6، ص18.- الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف، لبنان، 1426ه/2005م، الج4، ص91.- القزويني أبو القاسم عبد الكريم الرافع، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تح: علي محمد معوضوعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، لبنان، 1426ه/2005م، الج4، ص91.- أبو النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار المعرفة، لبنان، الج4، ص20.- ابن حزم، المرجع السابق، الج10، ص216.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما اتفق الفقهاء على أن المطلقة غير المدخول بها لا رجعة لها، وذلك لأنه لا خلاف بين العلماء أن الطلاق إذا كان قبل الدخول والخلوة، أو قبل الدخول وبعد الخلوة يقع طلاقا بائنا ببينونة صغرى، كما أن الرجعة لا تكون إلا في العدة، والمطلقة قبل الدخول لا عدة عليها باتفاق العلماء، وإذا لم تكن عدة فلا رجعة[1].

خاتمة

ختاما لهذا الموضوع يمكن إيجاز القول بأن مفهوم المخالفة حجة معتبرة في الاستدلال عند عدم وجود دليل تشريعي أقوى منه كنص قانوني صريح، أو ما يقوم مقامه ، ومن ثم فإن مختلف الأحكام التي ذكرت في هذا البحث تعتبر حجة والاستدلال على ثبوتها من الناحية التشريعية استدلال منطقي.

إن اعتماد مفهوم المخالفة كآلية من آليات الفهم والتفسير لنصوص قانون الأسرة المتعلقة بأحكام الزواج وانحلاله قبل الدخول يؤدي إلى استنتاج مجموعة من النتائج يمكن إجمالها فيما يلي:

- الأساس الذي يبنى عليه الاستدلال بمفهوم المخالفة هو القيد المعتبر في تشريع الحكم الذي لا يضعه المشرع تقيدا لنص قانوني إلا وقصد من ورائه تحديد النطاق التشريعي الخاص بتطبيق النص، لذلك كان إدراك القيود التي تقيد بها النصوص القانونية ذا أهمية لما يترتب عليه من صحة الاستدلال بمفهوم المخالفة.

- مفهوم المخالفة وإن كان آلية معتبرة من آليات التفسير وذا حجية في الاستدلال إلا أنه من أخطر وسائل الاستنباط والفهم، لذلك ضُبط الاستدلال به بمجموعة من الضوابط التي يجب احترامها ومراعاتها.

- اعتماد مفهوم المخالفة في أحكام الزواج وانحلاله قبل الدخول هو إثراء تشريعي، لأنه يوسع من نطاق تطبيق النصوص القانونية.

- على أساس مفهوم المخالفة تم إثراء نصوص قانون الأسرة الجزائري بعدة أحكام، فثبت انتفاء نسب الولد في حالات الفسخ قبل الدخول طبقا لما ورد في منطوق المواد 32، 33، 34، 40 ق.أ، وثبت نفي حرمة الزواج بفروع الزوجة غير المدخول بها طبقا للمادة 26 الفقرة 02.

- بناءً على مفهوم المخالفة لنص المادة 74 والمادة 41 ق.أ ينتفي وجوب النفقة على الزوجة قبل الدخول، وينعدم ثبوت النسب قبل الدخول في الزواج الصحيح، كما تتحرر الزوجة المطلقة غير المدخول بها من واجب أداء العدة طبقا لمقتضيات المادة 58 ق.أ.

- إن كل هذه الأحكام الثابتة عن طريق الاستدلال بمفهوم المخالفة هي أحكام تشريعية تستمد صحتها من خلال القيود التي بني الاستدلال على أساسها، وعلى ما يؤيدها من موقف القضاء الجزائري والفقه الإسلامي.

- إن التطبيقات القانونية الواردة في إطار الاستدلال على حجية مفهوم المخالفة وكذا من الإثراءات التشريعية الثابتة بناءً على هذا النوع من الاستدلال تجعل من الاستعانة بالدراسات الأصولية الخاصة

1- يُنظر: - الشوكاني محمد بن علي، فتح القدير، دار الفكر، لبنان، الج4، ص 294.- أبو الحسن المالكي نور الدين علي بن محمد الشاذلي، كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني، تح يوسف الشيخ محمد البقاعي أبو محمد، دار الفكر، لبنان، 1412ه،الج2، ص 90.- الشافعي، المرجع السابق، الج7، ص15.- ابن قدامه موفق الدين عبد الله، المغني، الج3، ص 323.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بالأحكام الدلالية لتفسير النصوص القانونية في غاية الأهمية لما لها من النتائج الإيجابية على أحكام الزواج وانحلاله قبل الدخول.

قائمة المراجع

1- الكتب

– إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، الط 01، دار الدعوة.
- ابن جزي أبو القاسم محمد، تقريب الوصول إلى علم الأصول، تح: فركوس أبي عبد المعز محمد علي، الط 03، دار العواصم، الجزائر، 1434ه/ 2013م.
- ابن حزم الظاهري، المحلى، دار الجيل، لبنان.
- ابن رشد الحفيد أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تح: طه عبد الرؤوف سعد، المكتبة الأزهرية للتراث، مصر، 1406ه/1986م.
- ابن قدامه موفق الدين عبد الله بن أحمد، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، الط 01، دار الفكر، لبنان، 1405 ه.
- أبو الحسن المالكي نور الدين علي بن محمد الشاذلي، كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني، تح: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، لبنان، 1412ه.
- أبو السعود محمد رمضان ومنصور محمد حسين، المدخل إلى القانون، الط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003م.
- أبو النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار المعرفة، لبنان.
- الأرموي صفي الدين محمد، الفائق في أصول الفقه، تح: محمود نصار، الط 01، دار الكتب العلمية، لبنان، 1426ه/2005م.
- البهوتي منصور بن يونس بن ادريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، لبنان، 1403ه/1983م.
- الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف، لبنان، 1426ه/2005م.
- الخرشي أبو عبد الله محمد، شرح مختصر خليل، مطبعة محمد أفندي، مصر.
- الدريني فتحي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، الط 03، لبنان، 1404ه/1984م.
- الدريني فتحي، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، الط02، الشركة المتحدة،سوريا، 1405ه/1985م.
– الزبيدي محمد مرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، تح: مصطفى حجازي، الط 08، مطبعة حكومة الكويت، الكويت، 1397ه/ 1977م.
- الزيلعي فخر الدين عثمان، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1431ه.
- السرخسي شمس الدين، المبسوط، الط1، دار المعرفة، لبنان، 1409ه/1989م.
- السمعاني أبو المظفر منصور بن محمد، قواطع الأدلة، تح: عبد الله بن حافظ الحكمي، الط 01، مكتبة التوبة،المملكة العربية السعودية، 1419ه/1998م.
- السنوسي أحمد الطيب، الاستقراء وأثره في القواعد الأصولية والفقهية، دار التدمرية، المملكة العربية السعودية، 1430ه/2009م.
- الشافعي محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة.
- الشربيني شمس الدين محمد بن الخطيب، مغني المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ المنهاج، تح: علي محمد المعوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، لبنان، 2000م.
- الشريف التلمساني أبو عبد الله محمد، مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، تح: فركوس محمد علي، الط 03، دار العواصم، الجزائر، 1434ه/ 2013م.
- الشوكاني محمد بن علي بن محمد، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تحقيق محمود إبراهيم زايد، دار الكتب العلمية، لبنان، 1405ه-1985م، ط1.
- الشوكاني محمد بن علي، فتح القدير، دار الفكر، لبنان.
– الفيروز آبادي مجد الدين محمد، القاموس المحيط، تح: مكتب تحقيق التراث الإسلامي في مؤسسة الرسالة،الط 08، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1426ه/ 2005م.
- الفيومي أحمد بن محمد ، المصباح المنير،الط 01،مكتبة لبنان، لبنان، 1987م.
- القرطبي أبو عبد الله محمد، الجامع لأحكام القرآن، الط 01، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1427ه/ 2006م.
- القزويني أبو القاسم عبد الكريم الرافع، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تح: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، لبنان، 1426ه/2005م.
- الكساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تح: علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، الط 02، دار الكتب العلمية، لبنان.
- الكلوذاني أبو الخطاب محفوظ بن أحمد، التمهيد في أصول الفقه، تح: مفيد محمد أبو عمشة، الط 01، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي، المملكة العربية السعودية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

- المقدسي عبد الغني الحسن بن عبد الواحد، التذكرة في أصول الفقه، الط 01، المكتبة العصرية، لبنان، 1432ه/ 2011م.
- النفراوي أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر.
- النملة عبد الكريم، إتحاف ذوي البصائر بشرح روضة الناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل، الط01، دار العاصمة، المملكة العربية السعودية، 1417ه/ 1996م.
- النملة عبد الكريم، المهذب في علم الأصول الشامل في حدود وتعريفات مصطلحات علم أصول الفقه، الط 08، مكتبة الرشد، المملكة العربية السعودية، الط 01، 1430ه/ 2004م.
- النووي أبو زكريا محي الدين، تكملة المجموع شرح المهذب، المكتبة السلفية، المملكة العربية السعودية.
– تومي آكلي ، مناهج البحث وتفسير النصوص في القانون الوضعي والتشريع الإسلامي، الط 01، برتي للنشر، الجزائر.
- زيد بن سعد بن مبارك، اختيارات شيخ الإسلام بن تيمية الفقهية، كنوز اشبيليا، الط1، المملكة العربية السعودية، 1430ه/2009م.
– زيدان عبد الكريم، الوجيز في أصول الفقه، الط 06، مؤسسة قرطبة.
- سحنون بن سعيد التنوخي، المدونة الكبرى، تح: عامر الجزار وعبد الله المنشاوي، الط01، دار الحديث، مصر، 1426ه/2005م.
- شريف أحمد محمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، الط 01، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، العراق.
– شعبان زكي الدين، أصول الفقه الإسلامي، الط 02، دار الكتب، لبنان، 1971.
- شلبي محمد مصطفى، أصول الفقه الإسلامي، الط 01، الدار الجامعية، لبنان.
– عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، الط 01، دار الخلدونية، الجزائر.
- عمر مختار أحمد، معجم اللغة العربية المعاصرة، الط 01، دار علم الكتب، مصر، 1469ه/2008م.
- ابن قدامه موفق الدين وابن قدامه شمس الدين، المغني ويليه الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، لبنان، 1392ه/1979م.
– الزحيلي محمد مصطفى، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، الط 02، دار الخير للنشر والتوزيع، سوريا، 1427ه/2006م.
- الزلمي مصطفى إبراهيم، أصول الفقه في نسيجه الجديد، الط 10، شركة الخنساء للطباعة، العراق، 2002م.

2- رسائل جامعية

- عثمان محمد عبد الحق إدريس، أحكام المعقود عليها قبل الدخول في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، تخصص القضاء الشرعي، جامعة الخليل، فلسطين، 1427ه/ 2006م.
- لونيسي محمد صالح، دور قاضي شؤون الأسرة في تأسيس الأحكام القضائية، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون الأسرة، جامعة الجزائر 01 بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2020/2019.

3- الاجتهادات القضائية

- قرار رقم: 137571، الصادر بتاريخ 18. 06. 1996، المجلة القضائية، 1997، العدد 02.
- قرار رقم: 289545، الصادر بتاريخ 08.05. 2002، مجلة المحكمة العليا، 2004، العدد2.

4- المقالات في المجلات

- عوض محمد حسان، مفهوم المخالفة وأثره في اختلاف الفقهاء، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، سوريا، العدد 01، المج 24، 2008م.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com