



مجلة الدراسات الفقهية والقضائية

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

العدد: 03 . السنة: 02 ربيع الأول 1438 . ديسمبر 2016

الدراسات
الفقهية والقضائية

Doctrinal and Judicial
Studies



Journal of Doctrinal and Judicial **Studies**

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

N°: 03 - Vol: 02 Rabi'al-awwal 1438 - December 2016



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

ساعي
للطباعة
والتوزيع

رقم الإيداع القانوني: 2015-6181
ردم: 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 الثالث - السنة الثانية: ربيع أول 1438 هـ / ديسمبر 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 رحاني

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 رحمانى (جامعة الوادي)
أ.د. الأخضر الأخضرى (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 زونية (جامعة الجزائر 1)
أ.د. عبد القادر بن حرز الله (جامعة باتنة)
أ.د. عبد القادر بن عزوز (جامعة الجزائر 1)
أ.د. عز الدين كيجل (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 الجزائر 1)
أ.د. محمد سنيى (جامعة البليدة)
أ.د. مقلاتي صحراوي (جامعة باتنة)

(ب) من خارج الوطن:

- أ.د. حسن عبد الغنى 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 زغبة (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 الثالث - السنة الثانية - ربيع أول 1438 هـ / ديسمبر 2016م

الموضوع	رقم الصفحة
■ افتتاحية العدد: الدولة في الإسلام بين مفهوم المدنية و الدينية.	05
بقلم رئيس التحرير: الدكتور عبد القادر حوبه	
■ الترجيح في مؤلفات المالكية.	07
بقلم : أ. فريدة حايدي (جامعة جيجل - الجزائر)	
■ مسألة الاغتصاب وتكييفها الفقهي.	27
بقلم : حميدة حوامدي (جامعة الوادي - الجزائر)	
■ تقرير حد الحراية على جرائم اختطاف الأطفال في التشريع الجنائي الإسلامي.	43
بقلم : د. سمير بشير باشا (جامعة الجزائر)	
■ وقف المكتبات في المؤسسات الجامعية "مكتبة الشيخ البخاري عوينات بمعهد العلوم الإسلامية بالوادي نموذجا".	77
بقلم : أ.د. يوسف عبد اللاوي (جامعة الوادي - الجزائر)	
■ مدى حجية المفهوم المخالف ونماذج من تطبيقاته في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي.	103
بقلم : د. عدنان إبراهيم عبد (جامعة الأنبار - العراق)	
■ رقابة القاضي الإداري للأشطة الاتفاقية أو الإرادية.	127
بقلم : د. يحي وناس (جامعة أدرار - الجزائر)	
■ الوضع القانوني للتزاع المسلح في سوريا : إشكالية التكيف والحماية.	141
بقلم : د. جمال ونوقي (جامعة الوادي - الجزائر)	

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 والشرعية 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 "تراديسونال 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، متضمناً تصريحاً بكون بحثه ليس جزءاً 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 اعتذاراً 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 الثالث



بقلم: رئيس التحرير
الدكتور عبد القادر حوبه

الدولة في الإسلام بين مفهوم المدنية و الدينية

تطرح على الصعيد القانوني والسياسي في وقتنا الحالي مسألة مهمة تتعلق بالدولة المدنية، وأن تحقيق ذلك يعتبر من ضرورات تحقيق دولة القانون والحق والعدالة. غير أن ذلك يقتضي منا تدقيق وضبط المصطلح، والبيئة التي نشأ فيها. فماذا نقصد بالدولة المدنية؟ وهل أن هذه الدولة تقابل الدولة الدينية؟.

إن الدولة في المفهوم الاصطلاحي هي تلك الظاهرة التاريخية والسياسية والاجتماعية والقانونية، وتتكون من إقليم وسكان وسلطة سياسية. ويميز الفقه الدستوري بين أنماط مختلفة من الدول حسب المعيار المعتمد في التقسيم.

إن مصطلح الدولة المدنية لم تعرفه كتب الفقه الإسلامي سابقا، وهو مصطلح حديث، لذا كان لابد من معرفة أصل هذا المصطلح والبيئة التي نشأ فيها.

لقد عانت أوروبا كثيرا من حكم الكنيسة في فترات تاريخية معينة، كانت الدولة آنذاك خاضعة لرجال الدين باسم الدين، حيث يعتبر الحكام فيها مقدسون، وهو نمط يعبر عنه في الفقه الدستوري بالدولة الدينية أو التيقراطية.

إن الدولة الدينية هي تلك الدولة التي يكون الحاكم فيها ذا طبيعة إلهية، وهذا هو المفهوم الدستوري للمصطلح. إن هذا النمط من الدولة هو الذي أدى إلى ردة فعل عنيفة من طرف تلك الشعوب التي عرفت هذا النوع من الحكم، حيث اتجهوا إلى

ضرورة الأخذ بنمط لا يكون للدين فيه أي دخل، ومن هنا ظهر مصطلح الدولة المدنية، الذي جاء مناقضا لتلك الدولة الدينية التي كانت تسيطر عليها الكنيسة في العصور الوسطى في أوروبا.

فماذا نقصد بالدولة المدنية ؟ إنها تلك الدولة التي تقوم على استقلالية المؤسسات الدستورية في الدولة واحترام حقوق الإنسان وتكريس استقلالية القضاء...، ومن جهة أخرى تقوم على فصل الدين عن الدولة وهذا كرد فعل على حكم الكنيسة في فترات معينة والنتائج التي أحدثها.

لكن هل أن الدولة في الإسلام هي دولة دينية بالمفهوم الكنسي للكلمة ؟

بطبيعة الحال لا يمكن إسقاط نظريات الحق الإلهي وتأليه الحكام على الحاكم في الدولة الإسلامية، فالحاكم يخضع للمحاسبة ومراقبة أعماله، ومن ثم، فإن وصف الدولة في الإسلام بأنها دولة دينية بالمفهوم الكنسي للكلمة هو خطأ كبير، وإساءة إلى مفهوم الدولة في الإسلام.

وفي المقابل، هل أن الدولة في الإسلام هي دولة مدنية ؟

إن وصف الدولة في الإسلام بأنها دولة مدنية بالمفهوم الغربي للكلمة والتي تقوم على فصل الدين عن الدولة هو أيضا خطأ كبير وإساءة إلى مفهوم الدولة في الإسلام.

فالدولة في الإسلام تقوم على الدين، باعتبار الإسلام عقيدة وشريعة، وتقوم على الطابع المدني باعتبار الدولة في الإسلام تقوم على استقلالية المؤسسات والشورى والقضاء واحترام حقوق الإنسان...، غير أنها لا تقوم على فصل الدين عن الدولة.

رئيس التحرير

الدكتور عبد القادر حويه